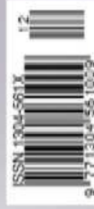
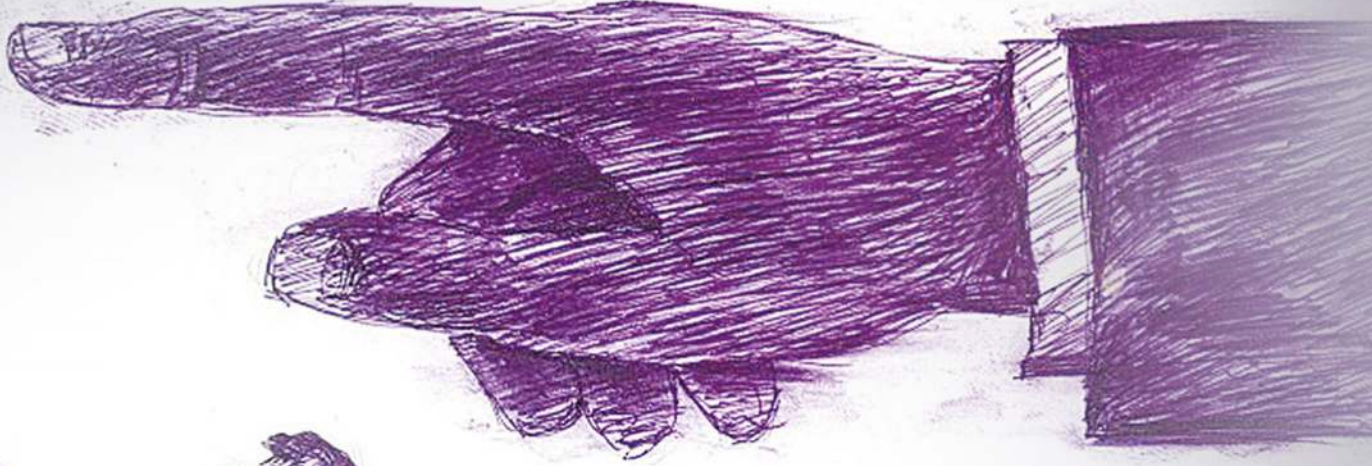
güncel hukuk
ARALIK 2016/12-156 7 TL AYLIK HUKUK DERGİSİ



DİJİTAL YAŞAMDA UNUTULMA HAKKI



33. Aydın Doğan Uluslararası Karikatür Yarışması/2016

NEFRET SUÇLARI NASIL DÜZENLENMELİ?

ÖLÜM CEZASI

10 EKİM KATLİAMI DAVASI

BAŞKANLIK PARLAMENTO, ANAYASA



Abidin Dino (23 Mart 1933 – 7 Aralık 1993), Yaşar Kemal (6 Ekim 1923 – 28 Şubat 2015)

"Abidin Dino: Ne çok insan yüzü gördük bir ömür boyu, bre Yaşar! Ne çok, çeşit çeşit insan gördük. Yaşar Kemal: Çukurova'dan başlayarak ne çok insan! Çukurova her zaman bir Babil Kulesi'ydi. Oraya Toroslar'dan, Orta Anadolu'dan, Mezopotamya'dan, Doğu Anadolu'dan ne çok insan geliyordu... Kale Kapısı'nı, Yeni İstasyon'un önündeki alanı, tarlaları, Akdeniz Kıyılarını anımsıyor musunuz? Uzatmaya gerek yok..."

Abidin Dino ve Yaşar Kemal'in "Yüzler" ismiyle kitaplaşan uzun söyleşisinden.

güncel hukuk

Aralık 2016 / 12



Doğan Holding'in katkılarıyla yayınlanmıştır.



Yayıncı
DOĞAN BURDA DERGİ
YAYINCILIK VE PAZARLAMA A.Ş.

İcra Kurulu Başkanı	Mehmet Y. Yılmaz
Yayın Direktörü	Murat Köksal
Yayın Yönetmeni	Prof. Dr. Köksal Bayraktar
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü	Fikret İlkiz
Yayın Kurulu	Prof. Dr. Köksal Bayraktar Fikret İlkiz Erem Turgut Yücel Zehra Kafkaslı
Muhabir	Bahar Mumcu
Görsel Yönetim	Bahadır Erşık Murat Öksüz
Kapak Tasarım	Naci Koç
Ankara Temsilcisi	Erdal İpekeşen Tel: 0 312 4671437-38-39

YÖNETİM

Genel Yayın Koordinatörü	Yeşim Denizel
Tüzel Kişi Temsilcisi	Ferit Özkaşıkçı
Satış Direktörü	Orhan Taşkın
Finans Direktörü	Didem Kurucu
Üretim Direktörü	Servet Kavasoğlu

REKLAM

Grup Başkanı	Koray Bilici
Grup Başkan Yardımcısı	Funda Baykal
Satış Koordinatörü	Evrim Yücesoy
Satış Müdürü	Ayşin Sarıkaya
Teknik Müdür	Nusret Kırımlıoğlu Tel: 0212 3365360 (3 hat) Faks: 0212 3365390
Rezervasyon	Tel: 0212 3365300-57-59 Faks: 0212 3365392-93
Ankara Reklam	Tel: 0312 2070072/73
Hedef Sayfalar	Tel: 0212 3365370 Faks: 0212 3365391

Kurumsal İletişim Direktörü Seren Urun

Yönetim Yeri
Trump Towers Kule 2 Kat 21-24 34387 Şişli - İstanbul
Tel: 0 212 410 35 34 - 0 212 410 35 35 - 0212 410 35 40
Fax: 0 212 410 35 31

Baskı	Ajans-Türk Gazetecilik Matbaacılık İnşaat San. A.Ş. Necdet Evliyagil Sokak No: 24 Batıkent / ANKARA
Dağıtım	Yaysat A.Ş. Tel: 0212 6222222

Yayın Türü Yerel, süreli, aylık, FIPP üyesidir
DB Okur Hizmetleri Hattı: 0 212 478 0 300

okurhizmetleri@doganburda.com
DB Abone Hizmetleri Hattı: 0212 478 0 300
Faks: 0212 4103512 (2 hat)
abone@doganburda.com • www.doganburda.com
Pazar hariç her gün saat 09:00-18:00
arasında hizmet verilmektedir.

GÜNCEL HUKUK
"hakemli" bir dergidir.

Web: www.guncelhukuk.com.tr
E-posta: guncelhukuk@doganburda.com

Aralık 2016



A. Lurkis Haryadi, 2016
33. Aydın Doğan
Uluslararası Karikatür
Yarışması.

Sonun başlangıcı... Avrupa Birliği ile "uyumu yeniden tanımlamak" ana dosyamızın konusu olmuştu. Güncel Hukuk Dergisinin Ocak 2004 tarihli ilk sayısının kapağında "Sonun Başlangıcı AB" yazıyordu...

Geldik günümüze... Avrupa Parlamentosu, Avrupa Birliği ile Türkiye arasında 3 Ekim 2005'te başlatılan üyelik müzakerelerinin geçici olarak dondurulmasına karar verdi. Bu kararı 37 oya karşı, 479 oyla kabul etti. 107 parlamenter çekimser kaldı. Türkiye ile AB arasında yürütülen üyelik müzakerelerinin askıya alınmasını öngören dokuz maddeden oluşan Avrupa Parlamentosu ortak karar metni, bağlayıcı olmamakla birlikte siyasi açıdan kuşkusuz çok önemli bir belge özelliğini taşıyor.

Avrupa Parlamentosu kararı acaba sonun başlangıcı mıdır?

2004 yılında Güncel Hukuk Dergisi 1. sayısında yer verdiğimiz 2003 Türkiye İlerleme Raporu, ülkemizin yol haritasında bulunduğu noktayı gösteriyordu. 12-13 Aralık 2002 tarihinde gerçekleşen Kopenhag Zirvesinde, Avrupa Birliği Aralık 2004'te Avrupa Komisyonunun hazırlayacağı rapor ve öneriler doğrultusunda Türkiye'nin Kopenhag Siyasi Kriterlerini yerine getirdiğine kanaat getirdiği takdirde, gecikmeksizin üyelik müzakerelerinin açılmasını taahhüt etmişti.

Bakanlar Kurulunca alınan, 24.07.2003 günlü mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, "Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar" Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne katılım sürecinde, kısa ve orta vadede gerçekleştirilmesi öngörülen çalışmaları kapsıyordu. Türkiye'nin Ulusal Programına atıf yapılıyor ve üyelik yolunda gerçekleştirilen siyasi, hukuki, ekonomik veya toplumsal her reformun bireyin hayat standardını yükselttiğine, ülkemizin uluslararası ekonomik gücünü, demokratik saygınlığını ve güvenliğini artırdığına değiniliyordu...

Yıllar sonra ise geldiğimiz bu günkü noktada; Avrupa Parlamentosu Türkiye hakkında alınan "geçici dondurma" çağrısının hayata geçirilmesini umuyor. Bu bağlamda, 15-16 Aralık 2016'da AB liderlerinin Brüksel'de yapacağı zirveden çıkacak olan karar; Türkiye-AB ilişkilerinin geleceği açısından kritik öneme sahip olacak...

AB-Türkiye ilişkilerinde bundan sonra ne olabilir? Olanlar on dört yıl öncesini çağrıştırıyor... 2003 yılı Aralık ayında yapılan Brüksel Zirvesinde Türkiye'nin Kopenhag Kriterlerini karşılaması konusunda önemli bir ilerleme kaydettiği, ancak 2003 Türkiye İlerleme Raporunda yer alan bu ifadelere rağmen; 2004 yılı başında uyum sürecindeki "başlangıcın" sorunlu olduğunun kabulüne benziyor...

Şimdiki zamanda sorunumuz; sonun başlangıcının yaratacağı ciddi sorunlardır.

Saygı ve dostlukla,
GÜNCEL HUKUK







Cumhuriyet Gazetesi'nde Tutuklamalar

Cumhuriyet Gazetesi yazar ve yöneticisi 12 kişi hakkında "FETÖ/PDY VE PKK/KCK terör örgütlerine üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek" gerekçesiyle gözaltı kararı verildi. Muhasebe müdürü Günseli Özaltay ve eski muhasebe müdürü Bülent Yener ifadeleri alındıktan sonra serbest bırakılırken Cumhuriyet yazarları Hikmet Çetinkaya ve Aydın Engin adli kontrol şartıyla serbest kaldı. Gözaltına alınan Genel Yayın Yönetmeni Murat Sabuncu, Yayın Danışmanı Kadri Gürsel, Kitap Eki Genel Yayın Yönetmeni Turhan Günay, Cumhuriyet Vakfı Yönetim Kurulu Üyeleri karikatürist Musa Kart, yazarlar Güray Tekin Öz, Hakan Karasinir ile Av. Mustafa Kemal Güngör, Önder Çelik, Av. Bülent Utku ve gazetenin İcra Kurulu Başkanı Av. Akın Atalay İstanbul 9. Sulh Ceza Hakimliğince tutuklandı. Gazete avukatları kararın hukuksal değil siyasi olduğu gerekçesiyle tutuklama kararına itiraz ettiler ancak itiraz 10. Sulh Ceza Hakimliği tarafından reddedildi.

HDP Milletvekilleri Tutuklandı

Ev baskınlarıyla gözaltına alınan HDP milletvekillerinden on kişi tutuklandı ve üçü adli kontrol şartıyla serbest bırakıldı. Figen Yüksekdağ, Selahattin Demirtaş, İdris Baluken, Leyla Birlik, Selma Irmak, Nursel Aydoğan, Gülser Yıldırım, Ferhat Encü, Abdullah Zeydan, Nihat Akdoğan tutuklanırken Sırrı Süreyya Önder, Ziya Pir ve İmam Taşçıer adli kontrol şartıyla serbest bırakılan isimler. HDP tarafından tutukluluk kararlarına yapılan itirazların reddi üzerine Anayasa Mahkemesine başvuru yapıldı.

Özgür Gündem Davaları Sürüyor

Kapatılan Özgür Gündem Gazetesi'nin Nöbetçi Genel Yayın Yönetmenliği kampanyasına 3 Mayıs 2016'dan 7 Ağustos 2016'ya kadar 56 kişi katılmıştı. Katılanlardan 50 kişi hakkında soruşturma açıldı 36 kişi hakkında iddianame düzenlenerek ceza davası açıldı. Soruşturma açılan 11 kişi hakkında ise takipsizlik kararı verildi. Açılan davalarda sanık olarak yargılanan Özgür Gündem Genel Yayın Yönetmeni Zana Kaya ve Özgür Gündem Yazı İşleri Müdürü İnan Kızılkaya tutuklu olarak yargılanıyor. Özgür Gündem Yayın Danışma Kurulu üyesi Aslı Erdoğan ile Necmiye Alpay'ın tutukluluk halleri ise sürüyor ve haklarında düzenlenen iddianameye göre 4'ü tutuklu 9 yazar ve yöneticinin ağırlaştırılmış müebbet ve 6,5 yıldan 17,5 yıla kadar hapsi isteniyor.

Tutuklamalar ve Mahpus Sayısında Son Durum

Ceza İnfaz Sisteminde Sivil Toplum Derneği (CİSST) tarafından "Tutuklamalar ve Mahpus Sayısında Son Durum" Raporu yayınlandı. Rapor mahpus sayısının Türkiye'de ilk kez 210 binlere ulaştığını gösteriyor. Cumhuriyet tarihi boyunca 50 bin civarında olan mahpus sayısı 2006 yılı itibarıyla sürekli yükselerek Ağustos 2016'da 214 bini buldu.

Rapora göre, 1919 yılında mahpus sayısı 35 bin civarındaydı. 1970-2005 yılları arasında bu sayı 50 bine kadar çıktı. 12 Eylül 1980 darbe sonrası sayı 52 binden 79 bine çıktı. Daha sonra 50 binlere geri dönüldü. 2006 yılından itibaren 10 yıl içinde mahpus sayısı yaklaşık yüzde 300'lük bir artışla 210 binlere kadar yükseldi. Ekim 2016 tarihli açıklamalara göre mahpus sayısı 195 bine gerilemiş durumda.

Avrupa Konseyi'nin açıkladığı 2013 verilerine göre Türkiye, mahpus sayısındaki artış oranıyla (yüz bin kişi başına düşen mahpus sayısı) Avrupa Konseyi'ne üye 48 ülke arasında ilk sırada. 2004-2013 yılları arasında Türkiye'deki mahpus sayısı yüzde 126.6 artış gösteriyor.

Avrupa Konseyi'nin istatistikleri ile Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün (CTE) açıkladığı rakamlar karşılaştırıldığında aralarında farklılıklar olduğu görülüyor. Counsil of Europe Annual Penal Statistics'in Türkiye için duyurduğu 2004 ve 2013 rakamları sırasıyla 71.148 ve 136.147 iken (http://wp.unil.ch/space/files/2015/02/SPACE-I-2013-English.pdf) CTE'nin, 2004 ve 2013 yılları için açıkladığı rakamlar ise sırasıyla 57.930 ve 145.478. (http://www.cte.adalet.gov.tr) Avrupa Konseyi'nin kendisine ulaştırılan rakamlara göre hesapladığı artış yüzde 91.3 iken CTE'nin rakamlarına göre ise artış yüzde 151.1. Yüz bin kişi başına düşen artış ise Avrupa Konseyi'ne göre yüzde 78.9, CTE'ye göre yüzde 126.6.

Gene Ölüm Cezası Üzerine

İnsanın siyasal iktidardan, kamu erkinden ve devletten önce gelen bir değer ve amaç oluşuna ölüm cezası tamamen aykırıdır

Prof. Dr. Köksal Bayraktar

Siyasal yönden Türkiye'yi tanımlayan nitelemelerden biri "dünü sürekli olarak unutan bir ülke" olmalı... 12 Mart'tan sonra idam edilen nice gençler için "darağacında üç fidan"la ağıtlar bugün de yakılırken, 12 Eylül'den sonra bir çocuğun idamı, bir adli hata olarak hep belirtilirken... Ölüm cezası, 15 Temmuz 2016'dan sonra kimi siyasetçiler tarafından dile getirilmeye başladıktan sonra, cezanın yeniden yasalara konulması yönündeki eğilim giderek güçlendi. Sayın Cumhurbaşkanı dünyada pek çok ülkede ölüm cezasının uygulandığını söylediği ve Beyaz Rusya dönüşünde de bu ülkede cezanın halen var olduğunu belirttiği gibi, bunun TBMM'de yeniden kabul edilmesi halinde kanunu onayacağını açıkladı.

Evet, bugün ölüm cezası dünyada 74 ülkede[1] hala uygulanıyor. Amerika Birleşik Devletleri dışında hemen hepsi Ön Asya, Orta Asya ve Afrika ülkelerinin yanında Türkiye'nin de yer alması, tam anlamı ile çağ dışı bir geriye dönüş olacaktır.

Buna karşılık idam cezasını bütünüyle kaldırmış olan ülke sayısı 86'dır[2] ve Türkiye bundan on iki yıl önceki bir kanunla bu cezayı kaldırarak bu ülkeler arasına çağdaş bir ülke örneği vererek girmişti. Bunun sonucunda da ölüm cezasının verilemeyeceğine dair kural Anayasa'nın 38/9. maddesinde kabul edilmişti.[3] Bu kabule bağlı olarak Anayasa'mızın 17/4. maddesinde bulunan "...Mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hali ile... Şeklindeki cümlecik Anayasa'dan çıkarılmış[4]" ve 17/1. maddedeki "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" şeklindeki kural mutlak bir içeriğe ve değere kavuşmuştu. Bu önemli kuralın yanı sıra, Anayasa'nın 12. maddesinde yazılı "...Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir..." kuralı da Anayasal çizgiyi bütünüyle tamamlamaktaydı.

> Ölüm cezasını yeniden yürürlüğe koymaya çalışmak Anayasa'ya açıkça aykırı bir tutum değil midir?

Anayasa'nın 38/9, 17/1 ve 12. maddelerindeki bu düzenlemelere rağmen bugün ölüm cezasını yeniden yürürlüğe koymaya çalışmak Anayasa'ya açıkça aykırı bir tutum değil midir?

Ölüm cezasına karşı çıkılmalıdır; karşı çıkmalıyız. Çünkü:

1. Ölüm cezası, bugün, toplumların ve kimi siyasal iktidar sahiplerinin, düşünürlerin, felsefecilerin, toplum bilimcilerinin hep ileri sürdükleri "insanın amaç oluşu"na tamamen aykırı bir cezadır. İnsanın siyasal iktidardan, kamu erkinden ve devletten önce gelen bir değer ve amaç oluşuna ölüm cezası tamamen aykırıdır.

2. Yargıda meydana gelebilen hatalar, olaylar karşısındaki hukukçuların yapabilecekleri hukuki yanlışlıklar, zaman içinde değişebilen değer yargılarıyla ortaya çıkan "yorum farklılıkları" karşısında ölüm cezası, "dönüşü olmayan bir uygulama" olarak ortaya çıkmaktadır.

XIX. yüzyılda Belçika'da yapılmış bir adli hatanın, idamdan sonra anlaşılmasının, bu ülkede ölüm cezasının yürürlükten kaldırılmasını sonuçladığı hep tarihsel örnek olarak verilmektedir.

Sayın Erem'in kitaplarında belirttiği bir olay unutulamayacak nitelik taşımaktadır: Genç ve tecrübesiz bir yargıcın, ölüm cezasının hükmedileceği bir duruşmaya girdiğinde ceza lehindeki kararının, suçsuz bir insanı ölüme götürmesinin yıllar sonra bu yargıç tarafından tesadüfen öğrenilmesi cezanın kabul edilmezliğini göstermektedir.

3. Ölüm cezası, öç alıcı, intikam güdücü bir cezadır. Oysa XX. ve XXI. yüzyılların ceza anlayışı insanı eğitici, düzeltici, topluma kazandırıcı olması yönünden ölüm cezasını artık kabul etmemektedir.

Ayrıca ölüm cezası, adli yargının işleyişini, onurunu, hep gerçeği arayan sistemini de sarsmaktadır. Ölüm cezasıyla sonuçlanan bir yargılamada yer alan tanıkların, bilirkişilerin, polislerin, savcıların, yargıçların, Yargıtay'ın, yasama organındaki milletvekillerinin, Cumhurbaşkanının bütün çalışmalarının bir insanı öldürmeye yönelik olduğu düşünüldüğünde, bunca kişinin, hukukçunun, siyasetçinin ne kadar hazin bir çaba içinde oldukları ortaya çıkar. Bir Fransız rejisörünün bir filmde belirttiği gibi ölüm cezasının uygulanmasında "hepimiz katil" olmuyor muyuz?

4. Doğaldır ki, bu unsurlar karşısında, ölüm cezasının yeniden kabulüyle Türkiye'mizin Avrupa Birliği'ne girebilip girememesi önem taşımaktadır. Avrupa Konseyi Başkanı Jean-Claude Juncker'in, idam cezasının getirilmesi halinde Türkiye'nin AB'ye giremeyeceği şeklindeki uyarı ve sözleri, Türkiye'de "insanı yok edecek" uygulamalar karşısında önemli olmayacaktır. Çünkü her şeyden önce insanın üstünlüğü önemlidir.

KAYNAKÇA

1. Bu ülkeler şunlardır: Afganistan, Amerika Birleşik Devletleri, Antigua ve Barbuda, Bahama, Bangladeş, Barbados, Belarus, Beliz, Birleşik Arap Emirlikleri, Botsvana, Burundi, Çad, Çin, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Dominik Cumhuriyeti, Ekvator Ginesi, Endonezya, Eritre, Etiyopya, Filipinler, Filistin Yönetimi, Gabon, Gana, Gine, Guatemala, Guyana, Güney Kore, Hindistan, Irak, İran, Jamaika, Japonya, Kamerun, Katar, Kazakistan, Kırgızistan, Komor Adaları, Kuveyt, Kuzey Kore, Küba, Laos, Lesoto, Libya, Lübnan, Malavi, Malezya, Mısır, Moğolistan, Nijerya, Oman, Özbekistan, Pakistan, Ruanda, Saint Lucia, Saint Vincent ve Granada, Sierra Leone, Singapur, Somali, St. Kitts ve Nevis, Sudan, Suriye, Suudi Arabistan, Swaziland, Tacikistan, Tanzanya, Tayland, Tayvan, Trinidad ve Tobago, Uganda, Ürdün, Vietnam, Yemen, Zambiya, Zimbabwe. Bkz. www.bianet.org

2. www.bianet.org

3. 07/05/2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanun m. 5.

4. 07/05/2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanun m. 2.

Karikatür Ödülleri Sahiplerini Buldu

Aydın Doğan Vakfı serbest konulu 33. Aydın Doğan Uluslararası Karikatür Yarışması'nın ödül töreninde bu yıl da dünyanın dört bir yanından gelen karikatüristleri bir araya getirdi. 68 ülkeden 752 sanatçının 2.521 karikatürle katıldığı yarışmanın birincisi İtalya'dan Marco De Angelis oldu. İkincilik ödülüne Brezilya'dan 'Cau' Claudio Antonio Gomes, üçüncülük ödülüne ise Türkiye'den Doğan Arslan değer görüldü. Kız çocuklarının eğitimi, güçlenmesi ve eşitliğine destek vermek amacıyla bu sene ilk defa açılan "Güçlü Kızlar, Güçlü Bir Dünya" kategorisinde ise Emrah Arıkan Özel Ödül'ün sahibi oldu. Kazanan karikatürlere 23 Kasım tarihi itibariyle Kadıköy Belediyesi Caddebostan Kültür Merkezi'ndeki sergide ya da *http://sanalmuze.aydindoganvakfi.org.tr/yarismalar/33-aydin-dogan-uluslararasi-karikatur-yarismasi-2016-1* adresinden ulaşabilirsiniz.

33. Aydın Doğan Uluslararası Karikatür Yarışmasında ikinci olan Brezilyalı 'Cau' Claudio Antonio Gomes'un çizimi.

2016'da 300 Trans Cinayeti

Avrupa'daki trans sivil toplum kuruluşlarının çatı örgütlenmesi Transgender Europe, Trans Cinayetlerini İzleme Projesi kapsamında bir rapor yayınladı. İnternet araştırması yöntemi ve yerel trans örgütleri/aktivistleri işbirliğiyle hazırlanan rapor son bir yıl içinde 300'e yakın kişinin cinsiyet kimliği ve cinsiyet çeşitliliği üzerinden öldürüldüğünü gösteriyor.

Her yıl 20 Kasım'da gerçekleşen Uluslararası Nefret Suçu Mağduru Transları Anma Günü nedeniyle güncellenen raporda bu yıl: Brezilya 123 vaka ile başı çekiyor. Sırasıyla Meksika'da 52, ABD'de 23, Kolombiya'da 14 ve Venezuela'da 14 vaka olmak üzere 33 ülkenin yer aldığı Rapora Hindistan 6, Pakistan 5; Avrupa'da İtalya ve Türkiye 5'er vaka ile dahil oldu.

Rapor bu yıl güncellenen haliyle 1 Ocak 2008'den bu yana Dünyada 68 ülkede 2264 cinsiyet çeşitliliğine sahip kişi ve transın nefret cinayetiyle öldürüldüğünü ortaya koyuyor. En yüksek kesin vaka sayısının ise güçlü trans ya da LGBTİ örgütlerinin profesyonel izleme çalışması yürüttüğü ülkelerde görüldüğü belirtiliyor. Raporun tamamına http://tgeu.org/tdor-2016-press-release/ adresinden ulaşılabilir.

AİHM'den Türkiye'ye İki Ceza

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Türkiye'yle ilgili iki başvuruda Türkiye'nin tazminat ödemesine karar verdi. Verilen ilk kararda, 2010 yılında iş bırakma eylemine katıldıkları için disiplin cezası verilen Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (Eğitim-Sen)'na bağlı 90 öğretmenin sendikal örgütlenme hakkının ihlal edildiği ve bu ihlale karşın etkili iç hukuk yolunun bulunmadığı gerekçesiyle Türkiye 153 bin lira tazminata mahkum edildi. AİHM'in verdiği bir diğer karar ise "İsrailli Vicdani Retçilerle Dayanışma İçindeyiz" başlıklı bildiriyi okuduğu için "halkı askerlikten soğutmak" gerekçesiyle beş ay hapis cezasına çarptırılan Halil Savda'ya ilişkin. İfade özgürlüğü kapsamında değerlendirilen başvuru neticesinde Türkiye'nin Halil Savda'ya 2.500 euro tazminat ödemesine karar verildi.



Pınar İlkiz
Pikan Ajans Kurucu Ortağı & İletişim Danışmanı

Bir Yılı Geride "Güzel" Bırakmak

Yaptığınız her şeye bir güzellik katmak sizin elinizdeyse yılbaşı hediyelerinizi seçerken birden fazla insanı mutlu etmek de sizin elinizde

Kimilerinin enseyi kararttığı, kimilerinin yurt dışına yerleştiği, yerleşmese de hayal ettiği, kimilerinin inadına yaşadığı ve etrafında ne kadar güzellik/iyilik varsa yaşatmaya çalıştığı bir yıl geride kalıyor. Bu yılın son kertesini biraz daha güzelleştirmek sanırım elimizde.

Sivil toplumun gücüne inananlar, bu yapıların sürdürülebilir olmasının öneminin de farkında. Peki bu yapılar nasıl sürdürülebilir olacak? Aslında birçok yolu var; düzenli bağışçıları olabilirsiniz, tek seferlik bağışçıları olabilirsiniz, Adım Adım (İyilik Peşinde Koş) platformu vasıtasıyla onlar adına maratonlarda koşarak bağış toplayabilirsiniz, Bana En Güzel Hediye platformu vasıtasıyla doğum gününüzü onlara bağışlayabilirsiniz ya da yaklaşan yeni yıl gibi hediyelerin havada uçuştuğu günlerde kurumların ürünlerini alabilirsiniz.

Nerede bu hediyeler? Birçok kurumun kendi "dükkan"ı mevcut, dükkanı olmayanlar da hediyelik eşyalar satan internet sitelerini ya da alışveriş sitelerini kullanıyor. En basit haliyle kullandığınız arama motoruna desteklemek istediğiniz kurumun adını yazıp yanına "dükkan" ya da "ürün" yazarak aratabilirsiniz.

Sivil toplumun gücüne inananlar, bu yapıların sürdürülebilir olmasının öneminin de farkında. Peki bu yapılar nasıl sürdürülebilir olacak?



Mesela bir çocuğun yüzündeki gülümseme olmak isterseniz Koruncuk Vakfı'nın (Türkiye Korunmaya Muhtaç Çocuklar Vakfı) ya da UNICEF'in dükkânlarını ziyaret edebilirsiniz. Kanser tedavisi gören çocuklara umut olmak isterseniz KAÇUV'un (Kanserli Çocuklara Umut Vakfı) bir alışveriş platformu üzerinde bulunan dükkânını ziyaret edebilirsiniz. Ya da LÖSEV (Lösemili Çocuklar Vakfı) gibi kendi dükkânları olan kurumların ürünlerine de göz atabilirsiniz.

Bu arada şunu belirtmek gerek, ürün ya da hediyelik eşya dendiği zaman aklınıza ilk gelen kupa, tişört, bardak altlığı olabilir. Fakat küçük bir sanal tur aslında çok değişik bir ürün skalası olduğunu gösterecek size. Mesela LÖSEV'in ev dekorasyon ürünleri, Doğal Hayatı Koruma Vakfı'nın (WWF) geri dönüşümle hazırlanmış çantaları ya da bambu kulaklıkları, KAÇUV'un termosları yılbaşı hediyesi seçiminizde seçeneklerinizi çoğaltacaktır. Teknoloji severler de unutulmamış, desteklemek istediğiniz kurumun taşınabilir bellekleri bile olabilir.

Yine birçok kurumun nikah davetiyesi, nikah şekerleri, nikah şekeri niyetine magnetler sunduğunu da arada belirtmek gerek.

Yine de daha klasik yılbaşı hediyelerini tercih edenlerdenseniz bir yılbaşı kartı klasiği olarak UNICEF aklınıza gelebilir fakat Buğday Derneği'nin de yaşadığımız dünyayı daha güzel bir yer haline getirmemize yardımcı olacak çok güzel ipuçlarını barındıran yılbaşı kartlarına bakabilirsiniz. Kadın çalışmalarına destek olmak isterseniz Mor Çatı'nın çantalarına ya da kupalarına da kendi sitelerindeki "pazaryeri"nden ulaşabilirsiniz.

Uzun lafın kısası yaptığınız her şeye bir güzellik katmak sizin elinizdeyse yılbaşı hediyelerinizi seçerken birden fazla insanı mutlu etmek de sizin elinizde. Sanal alemde biraz araştırma yaparak yukarıda okuduğunuz ya da burada adı geçememiş birçok kurumun ürünlerine/hediyelik eşyalarına ulaşabilirsiniz.

Maddi destek sayesinde bu kurumları sürdürülebilir kılmanın yanı sıra kurumların logolarını ya da mesajlarını taşıyan ürünleri almanın bir yararı daha var, ki muhtemelen hepsinden daha değerli: Mücadeleyi görünür kılmak.

Herkese iyi seneler!

Kimseye Etmem Şikâyet

Bu Coğrafyanın İstikbaline Baktıkça Mücrim Gibi Titreyen "Çocuk Gelinleri"

Gücüm yetse ve bütün kanun metinlerini bir araya toplasam, maddelerin hepsini alt alta dizsem bile; izahat ya da çare olabilir miyim, utançtan dili kemik eden hikâyelere, çocuklara yüklenen o karanlık kederlere

Av. Rebia Rezzan Özduran
Ankara Barosu

Bir kadın, bir kız evlat, bir avukat ne kadar uzun yazabilirse; o kadar uzun yazabilirim. Ceza doktrininden atıfları sayfalarca sıralayabilir, Türk Ceza Kanunu'ndaki uygulamalardan derlemeler yapabilirim. Cümle başlarında ve sonlarında tırnak işaretleri ile sayfalar doldurur, "aynen aktarımla" diyerek başlarım cümlelerime; içtihatları dizerim, emsal olayları aktarırım teker teker. Sayfalar birbirini izler, onlarca, yüzlerce sayfayı bulabilir anlattıklarım... Ama uzun uzadıya hukuki nitelemeler yapmayacağım. Çocuk gelinlerin vicdanlara dokunan, umutsuzluğa sürükleyen, çarelerin içinde çaresiz bırakan kederlerini, "İstikbale bakıp mücrim gibi" titreyişlerini, doktrin alıntıları, içtihatlar ve kanunlar dairesinde ele almaya çalışmayacağım. Neden çalışayım? Gücüm yetse ve bütün kanun metinlerini bir araya toplasam, maddelerin hepsini alt alta dizsem bile; izahat ya da çare olabilir miyim, utançtan dili kemik eden hikâyelere, çocuklara yüklenen o karanlık kederlere... Bir kız çocuğu nasıl olur da bu sözleri yazabilir diye soracağım sadece... Bir kız çocuğu nasıl "İstikbale bakıp mücrim gibi titrer"? Oyunların neşeli kahkahaları arasında, kitapların, defterlerin, edebiyatın, müziğin arasında bir çocuk, nasıl bakar ki istikbaline? Neden bakar hem?

"Kimseye etmem şikâyet; ağlarım ben halime
Titrerim mücrim gibi baktıkça istikbalime..."

Dönemin Şişli Kaymakamı Mehmet Öklü'nün 2013 yılında yayımlanan "Kimseye Etmem Şikâyet" isimli kitabı, Türk Sanat Müziği klasiği olan, defalarca çeşitli sanatkârlar tarafından yorumlanmış aynı adlı şarkının[1] hikâyesini okuyucuyla buluşturuyor. Şarkının sözlerinin sahibi, hayatının farklı dönemlerinde Nişantaşı Taş Konak'ta yaşamış olan İhsan Raif Hanım'ın hayat hikâyesini romanlaştıran bu kitap, hepimizin hayatına bir yerlerden dokunmuş olan nihavent.

İhsan Hanım, şarkının sözlerini 14 yaşında henüz anne olmuş iken yazıyor. Bir kız çocuğu, ikbaline karanlık perde (Perde-i zulmet) çekilmiş olmasından korkuyor. Bembeyaz hatıratı karanlığa evirildikten sonra, oyunlarından, çok sevdiği derslerinden koparıldıktan sonra, neşeli bahçeler yerini hüzünlü odalara bıraktıktan sonra, çocukluk hayalleri çocuk yaştaki anneliğe dönüştükten sonra...

İhsan Hanım, 1877'de, Nafıa ve Ziraat Nazırı Köse Mehmed Raif Paşa'nın kızı olarak, Osmanlı'nın varlıklı ve itibarlı ailelerinden birinde dünyaya geliyor.[2] İhsan Raif Hanım, Nişantaşı'nda, dönemin en gösterişli yapılarından olan Taş Konak'ta yaşıyor. Ailesi, hem İhsan Raif Hanım'ın hem de kardeşlerinin eğitimini ciddiyetle ele alıyor ve son derece büyük bir önem veriyor. İhsan Raif Hanım, dönemin önemli isimlerinden müzik, edebiyat ve Fransızca dersleri alarak, eğitimini sürdürüyor. Özellikle edebiyattaki yeteneği hocalarının gözlerini parlatacak nitelikte... İhsan Raif Hanım, Nişantaşı'nda yaşadığı Taş Konağı umutları ile örmüş bir ipek böceği, çevre konaklarda yaşayan komşu çocuklarıyla oyunlar oynayan, derslerine heyecanla devam eden, pembe rüyaları olan, neşeli, umutlu bir kız çocuğu...

Umutlarının tarumar edildiği o gün gelene dek... İhsan Raif Hanım, 13 yaşını sürdüğü günlerde, Taş Konaktaki odasında kardeşi Belkıs'la oyun oynarken, odanın kapısı gürültülü bir



şekilde açılıp içeriye hiç tanımadığı bir adam girene ve İhsan Hanımı kaçırmaya çalışana dek… Odaya gürültüyle, hızla giren adamın, İhsan ve Belkıs'ın bağrışmalarından korkarak hızla ve apar topar kaçmasına rağmen, İhsan Hanım'ın "adı kirlenmiş" olarak nitelenmesine dek… Babası İhsan Hanımı -kızının tüm gözyaşlarına, yalvarmalarına karşın- reji memuru Mehmet Ali ile evlendirene dek… Kendisine göz koyup, kaçırmaya teşebbüs eden Mehmet Ali ile evlenmeleri akabinde, sessizce İzmir'e gönderilene dek… İhsan Hanım, evliliğinin üçüncü ayında, 14 yaşına adım atmışken anne olacağı haberini alana dek… İstanbul'dan, hayalleriyle bezediği konaktan, çocukluk neşesinden, umutlarından kopartılana dek… Kendisini evlenmeye mecbur etmek için kaçırmaya kalkışan Mehmet Ali'nin karısı olmak zorunda bırakılana ve İzmir'de bir sürgün mahkûmu gibi yaşayana dek… Ne hazin; odanın kapısı açılmadan önce kardeşiyle oyun oynayan bir kız çocuğu, odanın kapısı gürültü ile açılıp tekrar kapandığında; görece birkaç dakika sonra; bir "adı kirlenmiş"… Bu nasıl hızlı değişen bir kader döngüsü böyle; ansızın, göz açıp kapayıncaya kadar, bir kapı açılıp kapanıncaya kadar…

1891'de, henüz 14 yaşını süren bir çocuk iken; ancak "adı kirlenmiş" ve nikâhla "temizlenmiş" iken, aşık olmadığı bir adamın karısı iken, annelik tutkusu ile bir bebeğe bağlanmış iken; o küçücük yürek nasıl sırtlanmışsa böyle büyük bir kaderi, bir çocuk nasıl karanlığa düşmüşse bu denli; hüzünle, çaresizlikle, umutsuzlukla; fakat kimseye şikâyet edilmeden yazılmış bir güfte;

"Kimseye etmem şikâyet; ağlarım ben halime
Titrerim mücrim gibi baktıkça istikbalime
Perde-i zulmet çekilmiş korkarım ikbalime
Titrerim mücrim gibi baktıkça istikbalime…"

Güftenin hikâyesi akabinde okuyucu, İhsan Hanım'ın kadın bilincini önde tutan hayatı ile buluşur. Kitabın ilerleyen bölümlerinde, İhsan Hanım'ın 27 yaşında, derin sevgiyle bağlı olduğu üç çocuğun annesi bir kadın olarak, Taş Konak'a dönüşüne, babasının kızı hakkında verdiği -zorla evlilik- kararından duyduğu pişmanlığa, çapkınlığı aleni hale gelmiş kocası ile boşanmasına verilen izne tanık olunur. Bu noktadan itibaren roman, İhsan Hanım'ın varoluş serüveninin; hiciv veznini kullanarak şiir yazan ilk kadın şairimiz oluşunun, Kurtuluş Savaşı döneminde milli mücadele çalışmalarına katılışının kapılarını aralar. İkinci evliliğinde; nikâh sonrası, kocası "bir itaat ve sadakat nişanesi" olarak İhsan Hanım'dan elini öpmesini istediğinde; "Biz iki medeni ve hür şahsiyet olarak evlendik" diyen İhsan Hanım'ın el öpme talebini reddedişi ve talepteki ısrar karşısında evlendiği akşam "nikâhın yok farz edilmesi" kararı da yine okuyucu ile buluşan dönüm noktalarındandır.

Bu coğrafyanın çocuk gelini, kederinden ölümsüz bir eser yaratmış İhsan Hanım; kadın olmanın onurunu, insan olmanın bilinciyle harmanladığı hayatında ne kadar yorulduysa; dilerim şimdi Aşiyan sırtlarında o kadar huzurlu dinleniyordur. Ve dilerim onun çocuk kalbine kederler yüklenişinden yüzyıldan fazla zaman geçtikten sonra, bugün artık kız çocuklarının çektiği "çocuk gelin" kederi, erkek egemence dayatılmış utanç yazgısı son bulur. İhsan Raif Hanım'ın hayat örgüsü eşliğinde; bütün hukuki nitelemelerden uzak, bir kadın olarak, bir kız evlat olarak, bir avukat olarak tüm samimiyetimle ve kavrama gayretimle soruyorum… Bu toprağın yüzyıllardır bitmeyen yazgısı neden? Neden "adı kirlenmişlikleri" kadınlarda, kız çocuklarında bulmalar, tüm suçları kadınların üstlenmesi, kız çocuklarının taşıyamayacakları yükler sırtlanması, kimseye şikâyet edememeleri neden? Neden kadınlar hem suçun mağduru, hem failin kurtuluşu…


Taş Konak, Nişantaşı


İhsan Raif Hanım



İhsan Hanım'ın hikâyesinin üzerinden yüzyıldan fazla zaman geçmişken, neden bu coğrafyanın bitmek bilmeyen çocuk gelin kederi? Hem nasıl oluyor da, kalem dile gelip isyan etmiyor, yürek şahlanıp durmuyor, aklımız utançtan uçup gitmiyor da yazabiliyoruz; aynı cümlede yan yana; "çocuk" ve "gelin" kelimelerini? Tüm bu sorulara, kederlere rağmen, yine de; kızlarımızın, çocuklarımızın, kadınlarımızın geleceğine ilişkin tüm hukuki düzenlemelerde "ortak akılda" buluşmanın titrek umut ışığını içimde saklı tutma gayretiyle… Çocuklarımızın yarınlarının -İhsan Hanım'ın güzeller güzeli isminin manası gibi- karşılıksız, çekincesiz iyiliklerle örüldüğü; kızlarımızın istikballerine bakıp mücrim gibi titremediği bir gelecek dileyerek…

KAYNAKÇA

1. Sn. Mehmet Öklü'nün kitabında aktardığı bilgiler kapsamında; ulaşılan bilgiler ışığında; şarkının nihavent makamında bestesinin Kemani Serkis Efendi'ye ait olduğu belirtilmektedir.

Mehmet Öklü, Kimseye Etmem Şikâyet İhsan Raif Hanım'ın Hayatı, Doğan Kitap, 2013.

2. https://tr.wikipedia.org/wiki/İhsan_Raif_Hanım

Acil Gündem: Anayasal Kamuoyu

Yanıtlanması gereken temel soru şu: Bu ortamda "anayasal kamuoyu" oluşabilir mi?

İbrahim Ö. Kaboğlu

Anayasal olarak resmen yürürlükte olan olağanüstü yönetim, olağandışı ortam ve koşullar eşliğinde uygulanmaktadır. Böyle bir ortamda rejim değişikliğini hedefleyen bir Anayasa değişikliği ülke gündemine yerleştirilmiş bulunuyor.

15 Temmuz darbe girişimi öncesi "olağan dönem"de bile, anayasal bilgi, yol-yöntem ve hedef üzerine kirlilik, anayasa gündemini zedelemekteydi.[1] Şimdi ise, ülkenin Olağanüstü Hal ve Kanun Hükmünde Kararnameler (OHAL-KHK) yoluyla yönetildiği bir ortamda, anayasal bilgilenme hakkı ileri derecede sınırlanmış bulunmakta.

Buna karşılık, AK Parti-MHP arasında "kapalı kapılar" arkasında yürütülen bir tür "anayasa pazarlığı", sadece birkaç madde ile sınırlı bir değişikliği değil, farklı rejim arayışına yönelik çalışmaya odaklanmış durumda. Dahası, "Devletin yeniden inşası" gibi oldukça cüretkâr hedefler de dillendiriliyor. Bu nedenle, "Olağanüstü ortam ve koşullar, öngörülen anayasa değişikliği ve halkoyuna ne ölçüde elverişlidir?" sorusu öncelikle yanıtlanmalı.

Anayasal Düzenin Devamlılığı ve İlke Tartışması

a) Devamlılık ve Demokratik Süreç

Başka devletlerde olduğu gibi Türkiye'de de, anayasal süreçler bakımından şu ikili ayrım gözden uzak tutulmamalı:

-Kopma dönemi,

-Devamlılık dönemi.

Kopma döneminin başlıca özelliği, anayasal süreçte güç dengelerinin belirleyici olması; tıpkı 1961 ve 1982'de olduğu gibi. Ama bunun istisnaları da yok değil. Mesela, Tunus'ta, Türkiye'deki 1960 ve 1980'e göre daha radikal bir kopma olduğu halde, Anayasa, seçilmiş kurucu meclis tarafından hazırlandı (2011-2014).

Bununla birlikte, anayasal düzenin devamlılığı sırasında anayasa değişikliği veya yenilenmesi, güç dengelerince değil, demokratik ilkeler yoluyla belirlenir ve gerçekleştirilir: ya halkla başlanır ve halkla bitirilir (İsviçre örneği/1999); ya da kurulu iktidar düzleminde tam uzlaşma yoluyla (Finlandiya örneği/2000), anayasa yenilenir.

Türkiye, 2011'de bunu TBMM'de (yani kurulu iktidar düzleminde) tam uzlaşma sağlamak suretiyle yapmaya çalıştı; fakat başaramadı. Bunun şimdi tek bir seçeneği kaldı: halkla başlamak ve halkla bitirmek.

Siyasal rejimler, parlamenter rejim ve başkanlık rejim yelpazeleri eksen alınarak tasnif edilse de, bunların oluşumunda "tarihsel miras" payı belirleyicidir. Bu nedenle, devletlerin şu ya da bu rejimi tercih etme yerine, kendi deneyimlerinden ve toplumsal özelliklerinden çıkaracakları dersler öne çıkmakta.

Köklü rejim değişiklikleri, daha çok kuruluş (kimi zaman da kopma) dönemlerine özgü. Olağan dönemlerde rejim değişikliği görülen bir durum olmamakla birlikte, bu yönde bir eğilimin ortaya çıkması halinde yapılması gereken ilk iş, ilke tartışması olmalı.

b) İlke Tartışması Yapılmadı

Türkiye açısından ilke tartışması, 1876'da temeli atılan ve 2016'ya kadar biçimlenen siyasal rejim üzerine yapılmalıydı. Aksayan yönleri nelerdir? İşleyişe ilişkin sorunlar, otorite-özgürlük dengesizliğinden mi, yoksa genel anlamda denge-denetim düzenekleri eksikliğinden mi kaynaklanmakta?

Çağdaş anayasaların denge ve denetim düzeneğinin ana halkaları ekseninde;

-Her erk içinde,

-Üç erk arasında,

-Üç erk ile uzman ve özerk kuruluşlar arasında,

-Merkez ile yerel arasında,

-Ulusal hukuk ile uluslararası hukuk arasında,

-Devlet (iktidar-otorite) ile toplum (özgürlük) arasında,

Denge ve denetim düzeneğinin kurulması gerekir. Acaba, bunların hangisinde ve/ya hangilerinde dengesizlik var da, siyasal-anayasal düzenin işleyişi "patinaj" yapıyor? Çağdaş anayasal yaklaşım, rejim düzleminde değil, rejim içi önlemleri öne çıkarmakta: kurallar, kurumlar ve başvuru yolları düzleminde.

Anayasa değişiklikleri, genellikle bu bağlamdaki sorunlara odaklanır. Hatta anayasanın yenilenmesi durumunda bile, denge ve denetim düzeneğine ilişkin sorunlar gözden geçirilir. Öte yandan; kurumların ve rejimin sürekliliği, devletlerin gelişmişlik düzeyiyle doğru orantılıdır.

1982 Anayasası, TBMM tarafından çok sıkça gözden geçiril-

15 Temmuz darbe girişimi bastırıldığı halde, OHAL ortamında rejim değişikliği yapmak, demokratik hukuk devleti açısından son derece sorunlu olduğu gibi, darbe girişimi öncesi dönem üzerinde de ciddi soru işaretleri yaratıyor



di ve insan hakları alanında hayli yol alındı; ne var ki, az törpülenen veya yeterince törpülenmeyen kısmı, hak ve özgürlükler alanında oldu. Bu gereğin karşılanmasını beklerken, tam tersine, iktidar lehine dengesizliği derinleştirici bir değişiklik yapıldı: 2007. Bu değişiklik, 2014'te rejim değişikliği gerekçesi olarak kullanılmaya başlandı. Oysa 1982 Anayasası işleyişinde karşılaşılan sorunlar, öncelikle Türkiye'nin siyasal rejim deneyimi bağlamında tartışılmalıydı. Bu yapılmadığı için, önerilen yeni modeller dayanaksız kalıyor ve gelecekte ortaya çıkması muhtemel siyasal kriz, bugün yapılmak istenen rejim değişikliği gerekçesi olarak kullanılmaya çalışıldığı için inandırıcı olamıyor.

Anayasal düzenin devamlılığı sırasında anayasa değişikliği veya yenilenmesi, güç dengelerince değil, demokratik ilkeler yoluyla belirlenir ve gerçekleştirilir: ya halkla başlanır ve halkla bitirilir (İsviçre örneği/1999); ya da kurulu iktidar düzleminde tam uzlaşma yoluyla (Finlandiya örneği/2000), anayasa yenilenir

OHAL'de Anayasal Kamuoyu Ne Ölçüde Oluşturulabilir?

Anayasal bilgi kirliliği, yol ve usul kirliliği ile hedef kirliliği, "15 Temmuz 2016 öncesi" gündemi kaplayan üç katmanlı kirlilik, "doğru ve bilimsel bilgi", "yol temizliği ve demokratik yöntem" ile "hukuk devleti ve haklar toplumu hedefi" ile aşılabilirdi ancak.

Bu üç katmanlı kirlilik, 15 Temmuz ve özellikle OHAL yönetimi altında daha da katmerli hale geldi; bu nedenle, bilimsel bilgi paylaşımı, demokratik yöntem umudu ve hukuk devleti hedefi, daha da belirsiz bir hale geldi. OHAL-KHK uygulaması, anayasal düzeni büyük ölçüde askıya aldığından, OHAL'in kaldırılması ve anayasal kamuoyunun oluşturulması, öncelikli gündem haline geldi.

a) Serbest Tartışma/Saydamlık ve Tutarlılık

Anayasa değişikliğinin öncülleri, ifade özgürlüğünün serbestçe kullanılması, medyaya eşit giriş hakkı ve kamu gücünü elinde tutan devlet organlarının yansızlığı.

Anayasal bilgi kirliliği, hakkın öğeleri, zamana ve mekâna dair olmak üzere üç boyutlu:

-Bilgi hakkının öğeleri: Kirlilik, bilgi verme hakkı/ bilgi alma hakkı ve karşılıklı bilgi iletişimi olmak üzere her üç öğeyi de kapsıyor.

-Zamana dair: Anayasa'nın dünü, bugünü ve geleceği üzerine yanlış bilgiler.

-Mekâna dair: Ulusal, uluslararası durum ve karşılaştırmalı anayasa hukuku ve siyaset bilimi verileri bakımından.

Yol ve yöntem dahil, Anayasa yapım ortam ve koşulları bakımından, son yıllara dair şu saptamalar fikir verici olabilir:

-Yürürlükteki Anayasa, sürekli ihlâl edilmekte; demokratik hak ve özgürlükleri zedeleyen yasaların yürürlüğü devam etmekte; hatta, yenileri yürürlüğe konmaktaydı. Dahası, uygulamalar, mevzuatın ve mahkeme kararlarının çok gerisinde.

-1982 Anayasasındaki değişiklikler, hak ve özgürlükler alanında devlet görevlilerine daha çok yükümlülük yüklediği halde, tam tersine, yetkilerini daha çok kullanmakta ve hak ve özgürlükleri daha çok sınırlamakta.

-Çelişki ve etik bir sorun: 2011'de yeni anayasa için TBMM'de bir "Anayasa Uzlaşma Komisyonu" kurulduğu tarihten sonra bile, Anayasa'ya aykırı birçok yasa yapıldı ve yürürlüğe kondu.

-Dahası, 2016'da yeni anayasa için girişimde bulunulurken, -dokunulmazlıkların kaldırılması amacıyla- Anayasa'ya aykırı Anayasa değişikliği yapıldı.



Afyonkarahisar'daki AKP kampında yapılan değerlendirmelerin ardından, başkanlık sistemine ilişkin Anayasa değişikliği çalışması başladı, 2016.

-Yargı bağımsızlığını düzenleyen Anayasa md. 138'i ihlal, alışkanlık haline getirildi.

Bu olumsuz ve anayasa-dışı süreç, anayasa yapım koşullarını ortadan kaldırmış bulunuyordu: medyaya eşit giriş hakkı dahil, düşünce ve ifade özgürlüğü, toplanma ve gösteri özgürlükleri ile örgütlenme özgürlükleri hukuken ve fiilen ileri derecede kısıtlanmış bulunuyor. Mesela, toplanma ve gösteri hakkı kullanan grupları dağıtmak için kolluk güçleri, biber gazı kullanımını alışkanlık haline getirdi. Oysa bu konuda, toplantı "yasa dışı" olsa da, şiddet kullanımının haklı olmadığına dair İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin birçok kararı bulunmakta.

Hedef kirliliği ne anlama gelmekte? Yeni Anayasa'nın başlıca hedefi rejim değişikliği; bu da, "başkanlık rejimi". Anayasal düzenin devamlılığı sırasında, "rejim değişikliği" gerekçesi kullanılarak anayasa yenileme hedefi, karşılaştırmalı anayasa hukuku ve siyaset biliminde bir ilk şeklinde karşımıza çıkarıldı. Kısaca Türkiye medyası, -özellikle görsel medya- "bilgi/yol ve hedef kirliliği" aracı haline getirilmiş bulunuyor.

Bu durum karşısında öne çıkarılması gereken; önce doğru bilgi temelinde "anayasal kamuoyu", sonra "yol temizliğinin asgari eşiği olarak "anayasal kazanımlar" ve nihayet anayasa hedefi olarak "hukuk devleti ve haklar toplumu" olmalıydı. "Olağan" dönemde bunlar yapılamadan, Türkiye, 15 Temmuz 2016 darbe girişiminden sonra resmen ve anayasal olarak olağanüstü yönetime girdi.

b) OHAL'de Anayasa Değişikliği Mümkün mü?

Olağanüstü yönetimler anayasa değişikliğine elverişli ortamlar değildir. Nitekim OHAL, sıkıyönetim, savaş, işgal vb. ortam ve koşullarda değişiklik, yasak ve kayıtlamaları öngören birçok anayasa vardır. Fransa (1958), Portekiz (1976), İspanya (1978), Brezilya (1988), Romanya (1991), Belçika (1994) örnekleri belirtilebilir. Bizde bu tür kayıtlar bulunmamakla birlikte, sıkıyönetim döneminde yapılan 1971 Anayasa değişiklikleri, öğretide, meşruluk bakımından uzun süre tartışıldı. 1982 Anayasası yapım ve oylaması sırasındaki ortam ve koşulların gölgesi de, -Anayasa'da TBMM tarafından defalarca gerçekleştirilen olumlu yöndeki değişikliklere karşın- silinmiş değil. Bugün ise, ülke genelinde geçerli bir olağanüstü hal (OHAL) ortamında yapılacak anayasa değişikliği, benzer bir tartışmayı beraberinde getirecek. Üstelik, bugünün koşulları, 1970'ler ve 1980'ler ortamından çok daha ağır; sıkıyönetim ötesi bir durum ve bir savaş ortamı.

c) Rejim Değişikliği Mümkün mü?

Böyle bir ortamda, Anayasa değişikliğinin de ötesinde köklü bir rejim değişikliği öngörülüyor. Oysa, rejim değişikliği, genellikle kuruluş ve kopma dönemlerinde veya darbe sonrasında olur. Buna karşılık, 15 Temmuz darbe girişimi bastırıldığı halde, OHAL ortamında rejim değişikliği yapmak, demokratik hukuk devleti açısından son derece sorunlu olduğu gibi, darbe girişimi öncesi dönem üzerinde de ciddi soru işaretleri yaratıyor.

Usul ve yöntem açısından; Hükümet ve Cumhurbaşkanı, Anayasa değişikliğinin öncülüğünü yapmakta. Oysa, Anayasal girişimin kimin tarafından ve nasıl yapılacağı, madde 175'te ayrıntılı olarak yazılı ve bunda yürütme organının yeri yok. Yanıtlanması gereken temel soru şu: Bu ortamda "anayasal kamuoyu" oluşabilir mi?

Halkoylaması, seçmenlere sunulan seçeneklerin saydam ve korkusuz bir biçimde tartışılabildiği ve serbest tercihlerin ortaya çıktığı bir ortamda mümkün olabilir. Oysa, güncel durum buna engel: görsel-işitsel medya, büyük ölçüde Cumhurbaşkanı ve Hükümet denetiminde. Bunların parti ayağı, AK Parti ve MHP. Devlet organları yönünden uzantıları: valiler ve diğer kamu görevlileri. Muhalefet partileri, çok sınırlı olarak medyada yer bulabiliyor; sivil toplum örgütleri ve uzmanlar ise, başkanlık rejimi propagandası yapmaları ölçüsünde.

Toplanma ve gösteri hakkı kullanan grupları dağıtmak için kolluk güçleri, biber gazı kullanımını alışkanlık haline getirdi. Oysa bu konuda, toplantı "yasa dışı" olsa da, şiddet kullanımının haklı olmadığına dair İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin birçok kararı bulunmakta

Bu bakımdan, ortam ve koşullar, 1971, hatta 12 Eylül döneminden de olumsuz çünkü o zaman sadece devlet radyo ve TV yayını vardı; dolayısıyla, siyasal iktidarın propaganda araçları sınırlıydı. Bugün, Cumhurbaşkanı konuştuğu zaman, birkaç eğlence ve magazin kanalı dışında, bütün yayınlar "canlı yayın" adı altında kesiliyor. Başbakan için de, çoğu zaman paralel bir uygulama söz konusu.

Kısacası, görsel-işitsel iletişim özgürlüğü temelinde örgütlenmesi ve hizmet vermesi gereken medya (özgürlük alanı)'nın, parti ve tek adam hizmetinde seferber edildiği bir ortamda "anayasal kamuoyu" oluşamaz. Bu nedenle, bu ortam ve koşullarda "anayasa yoluyla rejim değişikliği", meşru ve demokratik olmamanın ötesinde, toplumun bugünü ve gelecek kuşaklar açısından tehlikelidir de.

Anayasal Öncelikler ve Kazanımları Sahiplenme

Şu halde OHAL'in kaldırılması öncelikli bir sorun. Anayasal kazanımları sahiplenmek ise insan haklarının asgari güvenceleri ve anayasal gelecek bakımından önem taşımaktadır.

a) OHAL Kaldırılmalı

Anayasal kamuoyu karartması karşısında şu üçlünün birlikte etkisi ve yarattığı tehlike derinleşiyor: Anayasal bilgi kirliliği, anayasasızlaştırma ve anayasa fetişizmi.

Bu üçlünün yol açtığı tehlikeler ise, bir başka üçlü ile özetlenebilir:

-Anayasanın -kişisel iktidar uğruna- araçsallaştırılması

-Depolitizasyon

-Totalitarizm eğiliminin meşrulaştırılması

OHAL yönetiminde; savaş ortamında bile mutlak olarak korunan ve hatta dokunulamadığı için "her zaman, her yerde ve herkes için" geçerli olarak nitelenen güvenceler zedelenmiş ve ihlal edilmiş bulunuyor (Any. md. 15/2). İnsan haklarının sert çekirdeğinin dokunulmaz olduğu fikrini yaymak; bunları her türlü tartışmanın asgari eşiği olarak kabul etmek.

Öneri: Bu tehlikelere karşı uyanık olmak ve bunların ortadan kaldırılması yönünde bilimsel bilgi temelinde planlı, kapsamlı ve sürekli çalışmalar yürütmek.

b) Anayasal Kazanımlar Sahiplenilmeli

1982 Anayasasında hak ve özgürlükler lehine gerçekleştirilen değişikliklerin bilinmesi ve sahiplenilmesi, siyasal ve idari makamların işlem ve eylemlerinin anayasal sınırlar içinde kalmasını sürekli talep etme olanağını verir.

Aynı çerçevede çıkarılacak bir anayasal bilanço[2] yeni anayasa adına yapılacak çalışmanın asgari eşiğini göstermesi bakımından önem taşımaktadır. Bunun daha somut anlamı şudur: hak ve özgülükler alanındaki kazanımlardan geri bir düzenleme yapılamayacak; siyasal ve idari otoritelerin yetki alanı ise daha fazla genişletilemeyecektir.

Anayasa değişikliği veya yeni anayasa için taban şu olmalı: "insan haklarına dayanan demokratik ve laik sosyal hukuk devleti".

-İnsan hakları, üçlü ilişkide tasarlanmalı: kişiler arası ilişkiler; sosyal ve mesleki ortam ve ilişkiler; çevresel ilişkiler.

-Demokrasi: Anayasal demokrasi, üç boyutlu olarak ele alınmalı: çevresel demokrasi (anayasa bir "doğa sözleşmesi"), demokratik toplum (anayasa bir "toplum sözleşmesi) ve siyasal demokrasi (anayasa bir "siyasal sözleşme") dir.

-Laiklik, dört düzlemde:

1) Devlet, hiçbir dini tanımayacak,

2) Devlet, bütün inanç ve dinler karşısında nötr olacak ve hepsine eşit muamele edecek.

3) Anayasa da dünyevi bir metin olup bütün ilahi kitapların güvencesidir;

4) İnsan hakları-din ilişkisi bakımından; İnsan hakları, din özgürlüğünün de güvencesidir.

Bu olgu ve gerçeklikler, geniş toplum kesimlerine sürekli anlatılmalıdır.

-Sosyal hukuk devleti: İnsan haklarına saygı, insan haklarını koruma ve geliştirme yükümlülüğü altındaki devlet.

Bütün bunlar, anayasa değişikliği veya yenileme çalışmasına nereden başlanması gerektiği üzerine yeterli fikir vermektedir; kuşkusuz usul olarak, demokratik yöntem gereğini göz ardı etmemek kaydıyla.



MHP lideri Devlet Bahçeli ve Başbakan Binali Yıldırım.

Belirtilen nedenlerle, Anayasa değişikliği, ancak olağan anayasal düzende ve özgürlükçü bir ortamda gerçekleştirilebilir. Anayasanın yenilenmesi ise, ancak seçimle belirlenen "anayasa kurucu meclisi" yoluyla meşru ve demokratik olarak yapılabilir.[3]

c) Anayasal Kamuoyu için...

Sonuç Olarak; anayasal kamuoyu için şu üç aşama izlenebilir:

1) Hayır: OHAL'e hayır! Önce olağanüstü hal kaldırılmalıdır.

2) Hayır ve Ötesi: Başkanlığa hayır; ama demokratik anayasal seçenek(ler) önerisine evet. Başka bir deyişle, "hayır" ile yetinmeksizin demokratik anayasa seçenekleri de sunulmalıdır.

3) Toplumsal Barış için Anayasa: "İnsan haklarına dayanan demokratik ve laik sosyal hukuk devleti" için fikri, hukuki ve eylemsel sürekli mücadele, Türkiye barışı/bölge barışı ve dünya barışı ereğine yönlendirilmelidir. Bu hedefte Anayasa, bilimsel bilgi ekseninde Türkiye'nin birikimi ve çağdaş dünyadaki gelişmeler ışığında bugünkü ve gelecek kuşakların özgür birlikteliği için bir barış projesi olarak tasarlanmalıdır. İktidarı sınırlama belgesi olan anayasanın "iktidarın aracı" haline getirilmesine karşı mücadele, gelecek kuşaklara karşı bir ödev ve sorumluluk aynı zamanda.

KAYNAKÇA

1. Bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, "Önce Demokrasi: Türkiye'nin Anayasa Sorunsalı", "Önce Demokrasi" Girişimi (01.06.2016): www. oncedemokrasi.org

2. Bir bilanço denemesi, büyük ölçüde 1982 Anayasasının değişiklikler sonucu başkalaşım (metamorfoz) sürecini yansıtmak durumunda.

3. 2011'de başlatılan Anayasa çalışmaları sırasında bu yönde öne sürülen görüş üzerine ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, "Anayasa Yapım Süreci ve Yöntemi", Hangi Anayasa?, İmge kitabevi, Kasım 2012, s.199-2015.

Parlamentonun Kurumsal Değeri ve Türkiye'de Parlamentonun Geleceği

Türkiye, bir kurum olarak parlamentonun değerini, işlevini ve etkinliğini, "Gazi Meclis" sıfatıyla anılmasına ve 15 Temmuz darbe girişiminde bombalanarak ağır yara almasına rağmen kamuoyunda tartışmıyor

Prof. Dr. Bertil Emrah Oder
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Parlamenter rejimi sonlandırmayı hedefleyen süreç, Adalet ve Kalkınma Partisi ile Milliyetçi Hareket Partisi arasında kurulan yeni "anayasa koalisyonu" ile hız kazandı. Uzlaşılacak paket, sadece siyasetin elitlerinin mevcut güç konumlarını değiştirmekle kalmayacak. Aynı zamanda 2010 Anayasa değişikliklerinden sonra yaşadığımız en ciddi "reform" çalışması olacak. Türkiye, son 25 yılda biçimsel kurumların inşası, idari kapasitenin artırılması, altyapılarının iyileştirilmesi, e-devlet vb. konularda teknik-nesnel yönü ağır bastığı için sonuçları olumlu reformlar yaptı. Ancak 2010 Anayasa değişiklikleri ertesinde reformların niteliğinde önemli bir siyasal değişim yaşandı. 2010 süreci biçimsel, göstermelik ve düpedüz çarpıtmacı bir kurumsal reformun AB'den de destek alarak yargı üzerinde uygulanmasıydı. Bu süreçte, siyasal grupların yargıda temsili ve hükümetle ittifakı "demokratik yargı" paketinde sunulmuştu. Yeni sürecin ayırt edici unsuru ise anayasal tarihimizin yasama-yürütme ilişkilerini biçimlendiren en kapsamlı değişimi olmasıyla sınırlı değildir. Bu değişim, parlamentarizmden kopuş nedeniyle alıştığımız parlamentoya ve merkezi idareye ilişkin tüm hukuksal paradigmaların ilgası anlamını taşıyacaktır.

Her durumda, 2010 öncesi-sonrası reformlar ile bugünkü sürecin ortak bir özelliği bulunuyor. Tüm bu süreçlerde göz önünde olup da neredeyse hiç önemsemediğimiz, "reform"ların kaderine olduğu kadar, tüm büyük siyasal tercihlerin yaşama geçmesine ya da geçirilmemesine karar veren "parlamento"dur. Türkiye, bir kurum olarak parlamentonun değerini, işlevini ve etkinliğini, "Gazi Meclis" sıfatıyla anılmasına ve 15 Temmuz darbe girişiminde bombalanarak ağır yara almasına rağmen kamuoyunda tartışmıyor. Başkanlık rejimine odaklanan "anayasa koalisyonu"nun çalışmaları sırasında da durum değişmedi. Tartışılan temel makam Cumhurbaşkanı iken, parlamentoya ilişkin ne veri temelli bir mevcut durum analizi ne de kapsamlı bir gelecek tasarımı gözlemlenebiliyor.

Türkiye kamuoyunun parlamentosunu tartışmamasının "siyaseti ve siyasetçi"yi parlamentoyla eşdeğer görmesiyle ilintisi olabilir. İlk ikisinin her gün tartışıldığı bir ortamda, kurumsal olarak parlamento dikkati çekmemektedir. Parlamentonun kurumsal tartışmalardaki unutuluşu, değeri/değersizliği ve geleceği üzerine kapsamlı bir çözümleme yapmak kuşkusuz bu yazının sınırlarını aşıyor. Ancak odağı, günlük siyaset yerine, unuttuğumuz ya da görmezden gelinen parlamentoya çevirmemiz "Güncel Hukuk" konusu olmak zorundadır. Bu kısa değerlendirme, parlamentonun işlevleri ve siyasal algısına bağlı kurumsal değerine odaklanarak, Türkiye'de parlamentonun geleceğine ilişkin bazı temel önerilerde bulunmayı hedefliyor.

Parlamentonun Kurumsal İşlevleri: Sadece Yasama mı, Fazlası mı?

Kurum olarak kullanıldığında "yasama" yalnızca parlamentoya karşılık gelse de, parlamentonun tek işlevi ve yetkisi, kanun yapıcılığı anlamına gelen yasama ile sınırlı değildir. 1867 yılında İngiliz Avam Kamarası'nı esas alan ünlü klasik yapıtında Bagehot parlamentonun işlevlerini seçme, ifade edicilik, öğretme, bilgi edinme ve yasama olarak sıralamıştı.[1] Bugünün anayasal demokrasilerinde parlamentolar -ister parlamenter isterse başkanlık rejiminin farklı türleri olsun- daha karmaşık kurumsal yapılar oluşturmaktadır. Temsil, siyasal gözetim, farklı makamlara seçim ve atama işlemleri, kendi çalışma usullerine ilişkin olarak özerk düzenleme yapma ya da yüksek dış ya da iç siyasete ilişkin nihai karar alma parlamentoların işlev ve yetkilerinin tanımlandığı alanlardır. Bu işlevler ve yetkiler birbirlerinden yalıtılmış değildir. Çoğunlukla birbirinin içine geçmektedir. Parlamenter rejimlerde kanun yapım sürecinin hükümete karşı güven oylamasına dönüşmesi örneğinde görüldüğü gibi yasama işlevi ile siyasal gözetimin hükümeti denetleyen türü kesişebilmektedir.

Türkiye anayasacılığında parlamentonun bir kanadı (Heyet-i Mebusan), öncelikle "temsil" işleviyle (1876 Kanun-i Esasi) ortaya çıkmıştı. Ancak hem rejimin parlamenterleşmesi hem de parlamentonun anayasal sistemde etkin bir oyuncu olabilmesi onun "siyasal gözetim" işlevinin tanınmasına bağlı olarak gelişti (1908 Anayasa değişiklikleri öncesinde başlayan parlamenter uygulamalar ve onları izleyen anayasa değişiklikleri). Bununla birlikte, parlamento ana akım siyasal söylem ve tartışmalarda özellikle son 15 yıldır "milli iradeyi temsil" işleviyle sınırlı biçimde tanımlanmış gözüküyor. Söz konusu temsil algısının, "çoğunluk siyaseti"nin mutlak üstünlüğü olarak anlaşılması, aslında parlamentonun kurumsal temsil yeteneğini de zayıflatmaktadır. Siyasal türdeşliklerin değil, farklılıkların egemen olduğu günümüz toplumlarında parlamento, çoğunluk anlayı-

şının hukuka dönüştüğü "noterlik" makamı değil, farklılar (görüşler ve toplumsal kesimler) arasında ilişki kuran, onların dengelenme ve bağdaşabilme olanaklarını da bulabildiği kurumsal yapıdır. O nedenle, parlamentodaki yasama süreçleri, pekişmiş anayasal demokrasiler için restleşme, güç gösterisi ve çoğunluğun biçimsel teyidi değil, ödünleşmeye dayalı karar alma pratikleridir.

Temsil olgusu kuşkusuz parlamenterlerin öncelikli olarak kendi seçmenlerinin taleplerine karşı "yanıt verebilmesi"ni gerektirir. Ancak "yanıt veren parlamentolar", aynı zamanda siyasal partilerin birbirlerine karşı da dinleme, anlama ve kamu yararı için akılcı seçimler yapma gibi siyasal davranışlarını içermektedirler. Yanıt verebilirliğin bu iki yönü, özellikle yasama işlemlerinin toplumsal kabulü ve uzun erimli olabilmesi için zorunludur. Anayasa değişiklikleri, genel af, Cumhurbaşkanları ya da yüksek yargı üyelerinin seçimi gibi temel konularda anayasalarda nitelikli çoğunluk kurallarının benimsenmesi daha çok bu iki yönlü yanıt verebilirliği desteklemektedir.



Kasım 2016'da çocukların cinsel istismarcısıyla evlendirilmesinde cezanın geri bırakılması ya da hükmün ertelenmesini içeren kanun teklifi, sahip olduğumuz "müzakereci çalışma parlamentosu" modelinin zayıflığını göstermektedir

Parlamentoya İlişkin Siyasal Güven Algısı

Parlamentoların kurumsal değeri yalnızca işlevleriyle değil, seçmen algısıyla da bağlantılıdır. Türkiye'de parlamentoya güven algısı, pekişmiş demokrasilere karşılaştırmalı olarak yaklaşmakla birlikte, parlamentosuz ve seçimlerle uğraşmak istemeyen lidere özlem oranı yüksektir. Dünya Değerler Araştırması çerçevesinde Türkiye'de parlamentoya duyulan güven 1990-1991 yıllarında yüzde 58 iken, 1996-1997 yıllarında yüzde 48 olarak ölçülmüştü.[2] 2011 araştırmasında ise parlamentoya tamamen güvenirim diyenlerin oranı yüzde 17.2, biraz güvenirim diyenlerin oranı yüzde 36.8, pek güvenmem diyenlerin oranı yüzde 27.9, hiç güvenmem diyenlerin oranı yüzde 13.9'dur.[3] Parlamento ve seçimlerle uğraşmak zorunda kalmayan güçlü bir lidere sahip olma sorusuna ise çok iyi ve iyi diyenlerin toplam oranı yüzde 49.8'dir (2011). 2013 yılı Dünya Değerler Araştırması'nda Almanya'da parlamentoya tamamen güvenirim diyenler Türkiye'den çok daha düşük olarak yüzde 5 oranıyla dikkat çekmektedir.[4] Biraz güvenenler yüzde 35.8 ile Türkiye'ye benzerken, pek güvenmem diyenler yüzde 44.7 ile Türkiye'den yüksektir. Almanya için parlamentoya hiç güvenmeyenlerin oranı yüzde 9.1'dir. Parlamenterlerin çalışmasına duyulan güven, 2012 yılındaki Forsa anketinde Almanya için oldukça düşük bir oranla yüzde 24 olarak ölçülmüştür.[5] Aynı yıl yine Almanya'da, parlamentonun lobilerin aşırı etkisi altında çalıştığı kanısı yüzde 75'di. Bununla birlikte, parlamento ve seçimlerle uğraşmak zorunda kalmayan güçlü bir lidere sahip olma sorusuna çok iyi ve iyi diyenlerin toplam oranı Almanya için yüzde 20.7'dir. Bu oran azımsanamayacak olsa da, Türkiye'nin oldukça gerisindedir.

Siyasal güven-parlamento ilişkisi açısından bir başka örnek de başkanlık rejimindeki algıyı karşılaştırabilmek açısından ABD olabilir. Türkiye, Almanya ve ABD karşılaştırıldığında, parlamentoya ilişkin en yüksek güvensizlik ABD'dedir: Pek güvenmem yüzde 57.1 ve hiç güvenmem yüzde 19.6 (2011).[6] Bu durum, "başkanlık rejimi yasamayı yürütmeden sert biçimde ayırarak parlamentoyu güçlendirebilir" görüşünün, siyasal gerçeklikte güven duygusuna yol açmadığını ortaya koymaktadır. ABD için parlamento ve seçimle uğraşmak istemeyen güçlü lider arzusu da görece yüksektir: Yüzde 34.1 (2011).

Türkiye'de parlamentosuzluk ve güçlü lider tercihinin yakın tarihte ne yönde olduğunu saptayacak bir veri elde bulunmuyor. Bununla birlikte, henüz yeni sonuçlanan Türkiye Üçüncü Sektör Vakfı (TÜSEV) Türkiye'de Bireysel Bağışçılık ve Hayırseverlik araştırmasına göre TBMM'ye güven, 1-10 arası skalada 5.5 ile sivil toplum kuruluşlarından, Silahlı Kuvvetlerden, imam ve müftülerden ve hükümetten daha düşüktür.[7] TBMM'ye duyulan güven, aynı çalışmanın 2004'deki verileriyle karşılaştırıldığında gerilemiştir.[8] Öte yandan, iktidar partisinin ve Cumhurbaşkanının siyasal taleplerinde, mutlak biçimde savunulan "parlamenter rejimin krizi" tezi[9] ve gündelik siyasette "Saray"ın hem mekan hem de kamuoyuna yönelik etkinlikler açısından düzenli biçimde öne çıkması, siyaseten parlamentoyu değil, Cumhurbaşkanını siyasal tartışmanın ve politika üretiminin merkezi haline getiren unsurlar barındırmaktadır. Bu durum, Türkiye'de parlamentonun geleceği açısından, ait olduğumuz parlamento tipolojisinde bir değişmeye gittiğimiz anlamına mı geliyor? Türkiye'de parlamentonun kurumsal değerini saptamada bu sorunun yanıtı önem taşımaktadır.

Parlamento Tipolojisi ve Türkiye

Siyasal tarih ve kültür, parlamentoların işlevlerinin gelişimini ve hangilerinin daha fazla ağırlık kazanacağını belirler. O nedenle parlamentolar, kendilerine özgü kimliklere sahiptirler. Bununla birlikte, parlamento tipolojisinde "müzakere parlamentoları" ile "çalışma parlamentoları" olmak üzere iki farklı

kategori arasında ayrım yapılmaktadır.[10] Bu ayrımın kökeninde, esas olarak parlamenter ve başkanlık rejiminde parlamento işlevlerinin ve işleyişlerinin farklılıkları yatmaktadır. İngiliz Avam Kamarası ve genel olarak parlamenter rejim parlamentoları, müzakere parlamentoları olarak sınıflandırılırken; ABD başkanlık rejiminde Kongre, çalışma parlamentosu olarak tanımlanır. Müzakere parlamentoları, siyasal olarak politikanın üretiminde merkezi rol oynayan ve siyasal rolü, hukuksal rolüne oranla ağır basan parlamentolardır. Parlamento sözcüğünün de daha çok bunlar için kullanıldığı görülmektedir. Meclislerin çalışma parlamentosu kimliğine sahip olduğu ABD başkanlık rejiminde ya da Latin Amerika'da ise daha yaygın olarak "yasama" ("legislature") sözcüğü tercih edilmektedir.

Müzakere parlamentolarında, parlamentonun kamusal bir tartışma platformu oluşu; açıklık ve saydamlık; iktidar ve muhalefet temelli tartışma imkanı ve dolayısıyla hükümetin parlamentoda siyaseten bulunma zorunluluğu; çıktı odaklı değil, girdi odaklı siyaset ve bu nedenle verimlilik ve hızlı karar alma



Siyasal gerçek, başkanların bağlı ya da yakın oldukları siyasal partilerin milletvekillerini yasamada etki, nüfuz ve denetim altında tutarak arzu ettikleri kanunları yüksek oranlarda çıkarabildiğini göstermektedir

değil, katılım ve müzakere; çoğunlukla grup kararlarının hukuksal bağlayıcılığına ilişkin kurallar ya da bunların yokluğunda dahi milletvekilinin parti ideolojisine bağlılığı; milletvekili profilinin hazırcevaplık ve söz becerisi üzerine kurulu olması öne çıkmaktadır. Müzakereci parlamentoların tartışmacı niteliği, siyaseti "laf ebeliği"ne dönüştürme riski de taşımakta, dolayısıyla seçmen nezdinde parlamentonun gereksizliği algısını doğurabilmektedir.

Çalışma parlamentoları ise daha çok kapalı komisyonlarda politika üreten, genel kuruldaki tartışma ve görüşmelerin ikincil nitelik taşıdığı, uzman ya da teknik niteliği ağır basan, tartışma değil, kanun yapıcılığına odaklanmış yapılardır. Ancak burada bir nokta ayrı önem taşıyor: Başkanlık rejimi ve türevlerindeki mevcut çalışma parlamentolarında parti ideolojisine bağlılık olgusunun bulunmadığına ya da başkanın yasamayı karar süreçlerinde etkileyemediğine ilişkin varsayım uygulamada işlememektedir. Siyasal gerçek, başkanların bağlı ya da yakın oldukları siyasal partilerin milletvekillerini yasamada etki, nüfuz ve denetim altında tutarak arzu ettikleri kanunları yüksek oranlarda çıkarabildiğini göstermektedir. 1946-2000 yılları arasında Latin Amerika'ya ilişkin bir çalışmada bu oran ortalama yüzde 64 olarak saptanmıştır.[11] Aynı oran Latin Amerika dışı başkanlık modellerinde ortalama yüzde 70.22'dir.[12] Bu durum bize, başkanlık rejimindeki çalışma parlamentolarının da, başkanın siyasal taleplerinden oldukça bağımsız hareket edemediklerini göstermektedir. Parlamentonun nisbi temsille seçildiği ve o nedenle ABD modelinden farklı olarak "ikiden çok partili" ve başkana yakın tek bir partinin kendi içinde dahi farklılıklarını koruduğu başkanlık rejiminde (örneğin; Brezilya Lula dönemi), başkanın parlamentoyu kontrolü elbette çok daha zordur.[13] Bununla birlikte imkânsız da değildir.

Müzakere-çalışma parlamentosu ayrımı, günümüz parlamenter rejimlerinde karmaşık toplumsal sorunlara yanıt verme gereksinimi nedeniyle iç içe geçmektedir. Müzakere yanı ağır basan parlamenter rejim parlamentoları, aynı zamanda birer çalışma parlamentosuna dönüşmüştür. Bu durum Türkiye için de geçerlidir. Bugünün Türkiye Büyük Millet Meclisi, komisyonları, alt komisyon çalışmaları ve idari personeliyle "müzakereci birer çalışma parlamentosu" kimliğini taşımaktadır. Bu kimlikte halen başat unsur olan "müzakerecilik", her zaman yetkin ve saygılı biçimde karşımıza çıkmasa da, Türkiye'de parlamentoculuğun evrimi ile ilintili ve onu siyasal tartışmanın ana merkezi yapan unsurdur. Yetki bakımından cılız ve yetersiz Heyet-i Mebusan'ın (1876) Abdülhamit'e eleştirel karşı duruşunda bu müzakereci parlamento tipolojisinin tohumları da atılmıştı. I. Meclis dönemi olduğu kadar, tek parti iktidarının olduğu II. Meclis dönemi de müzakereci parlamento kültürünün sayısız örneklerini içermektedir. 1924 Anayasası yapım sürecinde Cumhurbaşkanının yetkilerindeki artışı (fesih ve geciktirici veto) bir ilke sorunu olarak görüp benimsemeyen[14], sorgulama yeteneğine sahip bu müzakerecilikti.

Tam da bu aşamada vurgulamak gerekiyor: Türkiye'de başkanlık rejimine ve Cumhurbaşkanının yetkilerine odaklanırken, parlamento tipolosindeki ağırlığın sadece "çalışma parlamentosu"na kayacağı Anayasa ve İçtüzük düzenlemeleri yapılırsa, TBMM'ye siyasette merkezi rolü veren "müzakereci" gelenek de aşınacaktır. Öte yandan, Türkiye'nin "müzakereci çalışma parlamentosu" tipolojisi pekişmiş değil, kırılgandır. Kasım 2016'da çocukların cinsel istismarcısıyla evlendirilmesinde cezanın geri bırakılması ya da hükmün ertelenmesini içeren kanun teklifi, sahip olduğumuz "müzakereci çalışma parlamentosu" modelinin zayıflığını göstermektedir. Komisyondan çıkan bir pakete, keyfi bir anda önerge verebilme imkanı ve bunun uygulamada, güçlü konumları nedeniyle iktidar partisi milletvekilleri tarafından kullanılması, çalışma parlamentosunu da müzakere parlamentosunu da devre dışı bırakabilecek siyasi bir oyun aracıdır. Hem Türkiye hem de benzer modellerde "gece yarısı önergeleri" olarak kullanılan, bu tür "anında ve fırsatçı önergeler", demokrasinin kalitesini örselemektedirler.

Tartışılan temel makam Cumhurbaşkanı iken, parlamentoya ilişkin ne veri temelli bir mevcut durum analizi ne de kapsamlı bir gelecek tasarımı gözlemlenebiliyor

Sonuç: Türkiye için Parlamento Reformunda Öncelikler

Kurumsal reformun bir parçası olarak en az odaklandığımız TBMM'ye baktığımızda parlamentonun işlevleri, siyasal algısı ve mevcut tipolojideki konumu bakımından üç alanın öncelikli olduğu söylenebilir. Bu alanlar, başkanlık rejimi tartışmaları nedeniyle daha fazla önem kazanmıştır ve olumlu anlamda reforma konu olmaları TBMM'nin demokratik işlevindeki kırılganlıkları giderecektir: (1) Parlamentonun temsil yeteneğinin artırılması (2) Parlamentonun gözetim araçlarının artırılması (3) Parlamentonun kurumsal görünürlüğünün ve saygınlığının artırılması.

Temsil reformu, özellikle şu öncelikleri içermelidir: Seçim barajının düşürülmesi ve temsil adaletini sağlamaya yönelik nisbi seçim sistemi içeren bir modelin benimsenmesi, seçim çevreleri ve milletvekili sayılarının nüfus yoğunlukları dikkate alınarak belirlenmesi, TBMM'de kadın-erkek eşit temsilini sağlamaya yönelik hızlandırıcı araçların uygulanması, siyasi partilere ilişkin mali yardım sisteminin adil bir temele dayandırılması ve grup kurmada milletvekili sayısının düşürülmesi. Burada, dar bölge ya da daraltılmış bölge gibi seçimi çoğunlukçu kılan önerilerin, zaten düşük olan kadın milletvekili sayısını –sayısız görgül çalışmada saptandığı üzere- düşüreceğine özellikle dikkat çekilmelidir.

Parlamenter rejimin sürdürülmesi halinde de, parlamentonun bugünkünden daha etkili gözetim araçlarına gereksinimi bulunmaktadır. Mevcut bilgi edinme ve denetim araçları yanında, özellikle şunların Anayasa ya da İçtüzük'te güvence altına alınması düşünülmelidir: İnsan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmaların uygulanmasına ilişkin olarak Bakanlar Kurulu'nun TBMM'ye yıllık rapor sunması; daimi komisyon çalışmalarında tek bir üyenin talebi halinde dahi hükümet temsilcileri ve bürokratların çağırılması; bakanlık temsilcilerinin yılda en az üç kez daimi komisyonlar önünde stratejileri ve çalışmaları hakkında bilgi vermesi; Dilekçe Komisyonu'na yapılan başvurulardan gerekli görülenlerin Kamu Denetçiliğine tevdi edilebilmesi; İnsan Hakları İnceleme Komisyonu ve Kadın-Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu'nun insan hakları ve toplumsal cinsiyet eşitliği alanını ilgilendiren tüm kanunları incelemesi ve görüş bildirmesi zorunluğu; meclis araştırmasının azınlık inisiyatifi ile açılmasının kolaylaştırılması; Plan ve Bütçe Komisyonu'nun başkanının ana muhalefet partisinden olması zorunluğu; Anayasa Komisyonu, İnsan Hakları İnceleme Komisyonu ve Kadın-Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu'nda TBMM'de temsil edilen her siyasal partiden eşit sayıda temsilcinin bulunması zorunluğu; Anayasa Mahkemesi ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na üye seçiminin yalnızca nitelikli çoğunluk kuralına dayanması; kanunların içerik bütünlüğü ilkesine uygun olarak çıkarılması zorunluluğu (torba kanun sorunu) ve bir maddenin sözcük ve cümlelerinde değişiklik yapıldığı takdirde hem değişen kısmın hem de değişen maddenin yeni halinin ilgili kanunda açıkça yer alması; Plan ve Bütçe Komisyonu'ndaki görüşme sürelerinin daha etkili bir denetim için makul biçimde uzatılması.

Parlamentonun kamusal saygınlığı bakımından siyasal etik konusunun hem Anayasa (temel ilkeler ve siyasal etik komisyonunun kurulması) hem de kanun ile düzenlenmesi zorunludur. Parlamentonun kurumsal saygınlığının sağlanmasında, siyaseti toplumsal sorunların çözümünün sağlandığı bir iletişim ve uzmanlık ortamı olmaya zorlayıcı hukuksal araçlar etkilidir. Parlamentonun nüfuz ve yolsuzluğa dayalı yozlaşmayı meşrulaştıran bir kurum olarak algılanması, seçmenin ona duyduğu siyasal güveni azaltmaktadır. Bu kapsamda, milletvekillerinin mali ve sosyal haklarının olağan sınırlara çekilmesi, dokunulmazlıkların yolsuzlukla bağlantılı suçlar için işlememesi ve milletvekili seçilme yeterliği ve milletvekilliğinin düşmesine ilişkin anayasal kurallarda yolsuzluk olgusunun dikkate alınması önceliklidir.

KAYNAKÇA

1. Walter Bagehot, The English Constitution, 1873 (Second Edition), s. 118 vd. at http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bagehot/constitution.pdf (10.10.2016).

2. Birol Akgün, Türkiye'de Siyasal Güven: Nedenleri ve Sonuçları, AÜSBF Dergisi (2001), Cilt 56, Sayı 4, s. 9.

3. World Values Survey Results Turkey 2011, Technical Record at file:///C:/Users/boder/Downloads/F00001437-WV6_Results_Turkey_2011_v_2016_01_01.pdf (10.11.2016).

4. World Values Survey Results Germany 2013, Technical Record at file:///C:/Users/boder/Downloads/F00002673-WV6_Results_Germany_2013_v_2016_01_01.pdf (10.11.2016).

5. Bürger haben desaströses Bild von Abgeordneten, Spiegel Online, http://www.spiegel.de/politik/deutschland/umfrage-deutsche-massiv-unzufrieden-mit-arbeit-des-bundestags-a-845016.html (18.7.2012).

6. World Values Survey Results United States 2011, Technical Record at file:///C:/Users/boder/Downloads/F00001439-WV6_Results_United_States_2011_v_2016_01_01.pdf (10.11.2016).

7. Ali Çarkoğlu ve Erdem Aytaç, Türkiye'de Bireysel Bağışçılık ve Hayırseverlik, TÜSEV, 2016, s. 64

8. Supra, s. 62.

9. Parlamentarizmin krizi tezinin, dünya siyasal tarihi ve siyaset felsefesindeki olumsuz çağrışımları olduğu açıktır. Parlamentoya duyulan genel güvensizlik, Almanya bağlamında liberal demokrasiye duyulan güvensizlikle özdeşleşerek totalitarizmin düşünsel temellerini hazırlamıştı, özellikle bkz. Carl Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, Duncker u. Humblot, 1996, Berlin; Stephen Holmes, The Anatomy of Antiliberalism, Harvard University Press, 1993.

10. Winfried Steffani, Parlamentarische und präsidentilelle Demokratie, Strukturelle Aspekte der westlichen Demokratien, VS Verlag der Sozialwissenschaften, 1979, Opladen, s. 96.

11. Sebastian M. Saiegh, "The Role of Legislatures in the Policymaking Process", Workshop on State Reform, Public Policies and Policymaking Processes, Inter-American Development Bank, Washington D.C., Feb. 28-Mar. 2, 2005, s. 14; başkan ve başbakanların yasama politikasını kontrol altına almasına ilişkin öngörüler ve sayısal analiz için bkz. Saiegh, "Political Prowess or "Lady Luck"? Evaluating Chief Executives' Legislative Success Rates", The Journal of Politics (2009), 71/4, s. 1352.

12. Supra, s. 27.

13. Özellikle bkz. Eric D. Raile, Carlos Pereira and Timothy J. Power, "The Executive Toolbox: Building Legislative Support in a Multiparty Presidential Regime", Political Research Quarterly, (2011), 64/2, s. 331.

14. 1924 Anayasası tutanaklarına dayanarak bkz. Bülent Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, YKY, 2007, İstanbul, s. 293.

Başkanlık Anayasaları 1
ABD Anayasası

Son yüzyılın neredeyse yarısında Başkan ile Temsilciler Meclisi ve Senatodaki çoğunluk, aynı siyasi partinin mensubu olmamıştır

Yrd. Doç. Dr. Demirhan Burak Çelik Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Burcu Alkış Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Atagün Mert Kejanlıoğlu MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi

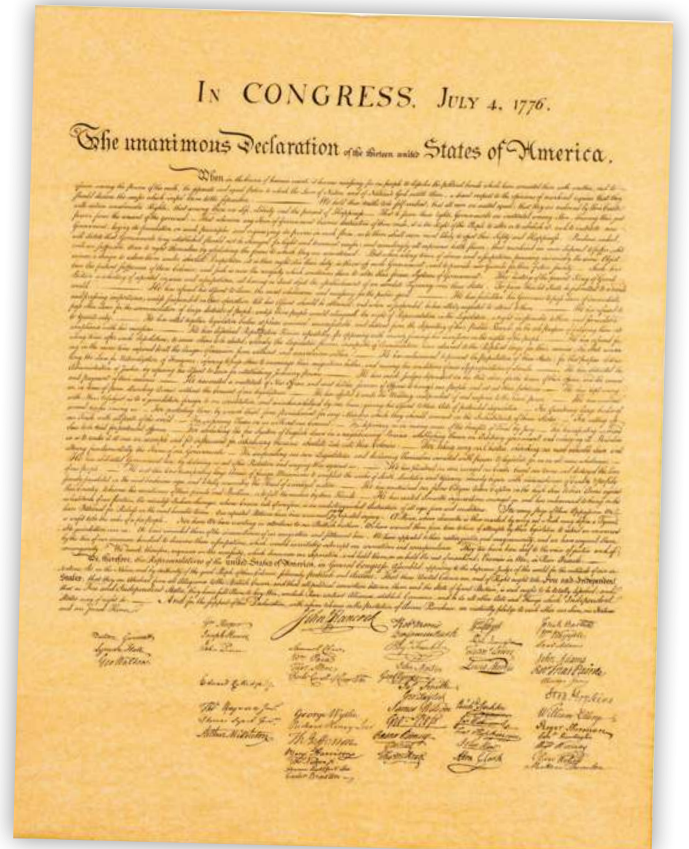
1787 tarihli ABD Anayasası, hem tarihteki ilk yazılı anayasa olması hem de halen uygulanan en eski anayasa olması nedeniyle özel bir yere sahiptir. Başkanlık sistemini ilk kez tasarlayarak da bir çığır açmıştır. Tarihte daha önce görülmemiş olan bu hükümet sisteminin neden tercih edildiğini anlamak için anayasanın yapım sürecini dikkate almak gerekir. ABD Anayasası hazırlanırken, Kurucuların önündeki hükümet modeli, İngiltere ve Westminster parlamentarizmiydi. ABD, bağımsızlığını kolonilere karşı baskıcı ve keyfi davranan bu yönetime karşı kazanmıştı; dolayısıyla yeni kurulacak devlette benzer bir yönetim modelinin benimsenmesi düşünülemezdi. Yeni Dünya'da kurulan yeni devletin, yönetim şekli de yeni olacaktı.

Bağımsızlık savaşı esnasında konfederasyon tipi bir örgütlenmeye giden eyaletler, konfederasyon düzeyinde alınan kararların, etkili bir yürütme organı olmadığı için uygulanamaması nedeniyle, kuracakları yeni federasyonda bu eksikliği gidermeye çalışmışlardır. Montesquieu'nün kuvvetler ayrılığı kuramından yüksek derecede etkilenmiş olan Kurucu Konvansiyon üyeleri, yasama, yürütme ve yargı organlarının birbirlerinden bağımsız olmasını kabul ederken, yürütme kuvvetinin düzenlenmesi konusunda farklı öneriler sunmuşlardır. Yürütme organının yasama meclisi tarafından seçilmesi önerisi kabul görmeyip, halk tarafından seçilmesi yoluna gidilmiştir. Yasamanın içinden çıkan ve ona karşı sorumlu olan başbakan ve bakanlardan kurulu bir kabine yerine, halk tarafından seçilen ve sadece halka karşı sorumlu olan bir Başkan ile bu Başkana karşı sorumlu olan sekreterlerden kurulu, tek başlı bir yürütme organı öngörülmüştür.

Başkanın Seçimi

Başkanın seçim yöntemi de, ABD Anayasasının temelinde yatan kuvvetler ayrılığı ve federalizm fikrini yansıtmaktadır. Başkan ve Yardımcısı dört yıllığına seçilirken, Temsilciler Meclisi iki yıllığına, Senato ise üyelerinin üçte biri iki yılda bir yenilenmek üzere altı yıllığına seçilmektedir. Böylece yasama ve yürütme organının göreve gelirken birbirlerinden bağımsız iradelerin ürünü olmaları sağlanır. Son yüzyılın neredeyse yarısında Başkan ile Temsilciler Meclisi ve Senatodaki çoğunluk, aynı siyasi partinin mensubu olmamıştır.

Zaman zaman Başkanın genel oyla seçilmesi yönünde tartışmalar olsa da, Başkan halen iki dereceli bir seçimle belirlenmektedir. ABD'de federal ve federe devletlerin egemenliğinin yan yana bulunması, bu sisteme yansımıştır: Her eyalet, Temsilciler Meclisi ve Senatodaki toplam üye sayısı kadar ikinci seçmeni, kendi belirleyeceği yönteme göre seçer. Böylece hem nüfusa göre halkın hem de eyaletlerin temsilcilerinden oluşan 558 kişilik Seçiciler Kurulu, Başkanı seçer. İkinci seçmenler, seçimlerinde özgür gibi görünseler de, hangi aday için oy kullanacakları bellidir; öyle ki bazı eyaletlerdeki oy pusulalarında seçiciler yerine Başkan ve Başkan Yardımcısının adları yazmaktadır. Başkan, tek turlu çoğunluk sistemine göre seçilir. Mutlak çoğunluğun sağlanamaması durumunda, Temsilciler Meclisi Başkanı seçer.


IN CONGRESS. July 4, 1776.
The unanimous Declaration States of America.

4 Temmuz 1776'da ilan edilen Amerikan Özgürlük Bildirgesi.



Veto Yetkisi

Anayasa'daki Başkanın yetkilerini incelerken de tüm bu yetkilerin federal devletin işleyişine ilişkin olduğunu, federe devletlerin haklarının Anayasa tarafından korunduğunu unutmamak gerekir. Anayasa, yürütme yetkisinin Başkana verilmiş olduğunu belirttikten sonra, Başkanın yetkileri konusunda ayrıntılı düzenlemeler getirmemiştir. Bu yetkiler zamanla, Yüksek Mahkeme kararlarıyla açıklık kazanmıştır. Başkanın yasama ile olan ilişkileri ise Anayasa'da daha açık bir biçimde yer almaktadır: Kongreyi olağanüstü toplantıya çağırmak, Kongreye mesaj yollamak ve veto yetkisi.

Veto yetkisi yasamaya ilişkin yetkiler arasında özel bir öneme sahiptir. Bu yetkinin kullanımı özellikle Başkan Johnson'la (1865-1869) birlikte değişmiş, o güne dek istisnai olarak kullanılan yetki, Anayasa'ya aykırılık dışında sadece politik sebeplerle de yaygın olarak kullanılır hale gelmiştir. Başkanın veto yetkisi, Kongrenin yasama işlevini ciddi ölçüde kısıtlayabilecek bir kontrol aracıdır. Çünkü Başkanın veto ettiği bir yasanın yeniden kabulü için Kongrenin iki meclisinin de üyelerinin 2/3'ünün oyu gerekmektedir ve bugüne dek veto edilen yasaların sadece yüzde 4,31'i yeniden kabul edilip yürürlüğe girmiştir. Başkan ile Kongre arasında veto yetkisinin yarattığı açmazlar bazen bu iki kanadın bütçe üzerinde uzlaşamaması nedeniyle federal hükümetin işlerinin durmasıyla (government shutdown) sonuçlanabilmektedir.

Veto yetkisine dair bir diğer önemli husus da bu yetkinin sadece yasanın tamamı üzerinde kullanılabilmesidir. Yüksek Mahkeme Clinton v. City of New York (1994) kararında; Başkana bir yasanın bir kısmının yürürlüğe girmesini engelleme (cancellation) yetkisi veren bir yasanın, Başkana yasayı değiştirme yetkisi vermek anlamına geldiğine ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Başkanın seçim yöntemi, ABD Anayasasının temelinde yatan kuvvetler ayrılığı ve federalizm fikrini yansıtmaktadır

Sorumluluk Yolu: Impeachment

Başkanın Kongre üzerindeki bu etkili kontrol mekanizması karşısında ise Kongrenin impeachment ile Başkanı Anayasa'da belirtilen suçları işlemesi durumunda görevden alabilme imkanı bulunmaktadır. Bugüne dek sadece üç Başkan (Johnson, Nixon ve Clinton) hakkında bu prosedür başlatılmıştır. Nixon Temsilciler Meclisi impeachment hakkında karar vermeden istifa etmiş, Johnson ve Clinton için ise Temsilciler Meclisi impeachment yönünde oy kullanmış ancak bu iki Başkan Senato tarafından aklanmışlardır. Bugün impeachment her ne kadar istisnai bir cezai sorumluluk mekanizması olarak işlese de, Anayasa'daki yoruma açık "diğer ağır suçlar" ifadesinin Kongrenin yorumuna tabi olduğunu unutmamak gerekir.

Atama Yetkileri

Başkan kendi kabinesini oluştururken de sınırsız bir takdire sahip değildir. Zira Senato, Sekreterlerin atamasında kısıtlı da olsa söz sahibidir. Sekreterlerin ataması Senatodaki ilgili komite önündeki dinleme (hearing) sonrasında Senato tarafından onaylanmaktadır. Ancak hem atama hem de azil yetkisi Başkana aittir. Uygulamada da Senato, atamaları nadiren reddetmektedir. Bugüne dek sadece 9 Sekreter ataması reddedilmiştir. Bunlardan en sonuncusu Baba Bush döneminde, özel hayatındaki aşırılıklar ve savunma şirketleriyle yaptığı şüpheli anlaşmalar gerekçe gösterilerek Savunma Sekreterliğine ataması reddedilen John Tower'dır. Bazen Başkan, komitenin dinlemesi öncesinde de reddedileceğini düşündüğü bir adayı geri çekmektedir.



Dört ABD başkanının bulunduğu Rushmore Dağı Anıtı. Soldan sağa doğru: George Washington, Thomas Jefferson, Theodore Roosevelt ve Abraham Lincoln.

Başkanın yaklaşık 60 bin görevi kapsayan atama yetkilerinin en önemlilerinin başında, Yüksek Mahkeme yargıçlarının atanması gelmektedir. Bu atamadan önce Başkanın gösterdiği aday Senato Adalet Komisyonu önünde dinlemekte (hearing) ve ardından atama önerisi Senatoda oylanmaktadır. Senato, Yüksek Mahkeme atamalarına büyük önem vermekte; dinleme sürecinde, adayın daha önceki kararlarından yazı ve konuşmalarına dek pek çok husus gözden geçirilmekte; adayın özgeçmişi ile adayın ve ilgili diğer kişilerin sunumları Senatonun web sayfasında yayımlanmaktadır. Bu süreç, Başkanların da gösterdikleri adayları özenle seçmelerine yol açmaktadır.

Yüksek Mahkemenin kurulduğu 1789'dan günümüze dek, 160 atama önerisinden 124'ü kabul edilmiş; 36'sı ise Senato'nun reddetmesi (12), Başkan'ın geri çekmesi (11), Senato'nun herhangi bir işlem yapmaması (10) ya da görüşülmesinin ertelenmesi (3) gibi nedenlerle sonuçsuz kalmıştır. Son Başkan Obama'nın gösterdiği bir aday (Garland) hakkında ise Senato 8 ayı aşkın süredir herhangi bir işlem yapmamış; Cumhuriyetçi çoğunluk bu atamayı yeni Başkana bırakacağını açıklamış; bir avukat konuyu yargı önüne taşımış; ancak davayı gören yargıç, başvurucunun kişisel olarak zarar görmediği gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir.

43 ABD Başkanından 39'u Yüksek Mahkemeye en az bir yargıç atamıştır. Üç Başkan (Harrison, Taylor, Carter) hiç atama yapma olanağına sahip olamamışken, bir Başkanın (Johnson) görev süresi içinde önermiş olduğu tek aday ise reddedilmiştir. Başkanlar genellikle kendi siyasal eğilimlerinden yargıçları atamaktadırlar. Yargıçların, özellikle kritik konularda, bu siyasal eğilimler doğrultusunda kararlara imza attıkları görülmektedir. Yine de, istisnalar söz konusu olabilmektedir. Bu konudaki en ünlü örnek, Eisenhower tarafından atanan ve muhafazakar bir çizgi izlemesi beklenirken Mahkemenin en liberal yargıçlarından biri olan Yüksek Mahkeme Başkanı Earl Warren'dır. Bu atama hakkında Eisenhower daha sonra, "hayatımın en aptalca hatası" demiştir. Baba Bush tarafından atanan David Souter da, liberal kararlara imza atmıştır. Bu, Yüksek Mahkeme yargıçlarının bağımsızlığının, ömür boyu görev güvencesi ve mali teminatlar gibi araçlarla sağlanabilmiş olması nedeniyle mümkün olabilmiştir.

> Başkanın Kongre üzerindeki bu etkili kontrol mekanizması karşısında ise Kongrenin impeachment ile Başkanı Anayasa'da belirtilen suçları işlemesi durumunda görevden alabilme imkanı bulunmaktadır

ABD Anayasası'nda Başkan ile İlgili Hükümler*

1. Seçimi ve Görev Süresi

– Seçiciler Kurulunun seçilmesi: "Her eyalet, kendi eyalet yasama meclisinin tayin edeceği şekilde, o eyaletin Kongre'ye gönderme hakkına sahip olduğu Senato ve Temsilciler Meclisi üyesi toplam sayısına eşit sayıda seçici (elector) tayin edecektir; fakat hiç bir Senato ya da Temsilciler Meclisi üyesi, veya Birleşik Devletler adına resmi ya da fahri bir göreve sahip bir kişi seçici tayin edilmeyecektir." (m. II/1/2)

– Başkanın seçilmesi: "Seçiciler kendi eyaletlerinde toplanacak ve en az birisi kendileri ile aynı eyalette ikamet etmekte olmayan iki kişiyi gizli oy ile seçecektir. Oy verilen bütün kişiler ile bunların her birinin aldığı oyların bir listesini yapacaklar; bu listeyi imzalayıp, onaylayacaklar ve kapalı zarf içinde, Birleşik Devletler hükümet merkezinden, Senato Başkanına göndereceklerdir. Senato Başkanı, Senato ve Temsilciler Meclisinin huzurunda, bütün belgeleri açacak ve ondan sonra oylar sayılacaktır. En çok oy almış olan kişi, eğer kazandığı oy tayin edilmiş bütün seçiciler sayısının çoğunluğunu oluşturuyorsa, Başkan olacaktır; eğer birden çok kişi böyle bir çoğunluğa sahip ise, ve aldıkları oylar eşit ise, o halde Temsilciler Meclisi hemen gizli oyla bunlardan birini Başkan seçecektir; eğer hiç biri çoğunluğu elde edemezse, Temsilciler Meclisi listede en çok oy almış beş kişi arasından aynı şekilde bir Başkan seçecektir. Ancak Başkan seçiminde oylar eyaletlere göre verilecek, her eyalet temsilcisinin bir oyu olacaktır. Bu amaçla eyaletlerin üçte ikisinin temsilcisi veya temsilcilerinden oluşan bir karar yeter sayısı gereklidir ve seçim için tüm eyaletlerin çoğunluğu oluşmalıdır. Her durumda, Başkan seçimini takiben seçicilerden en fazla oy almış olan ikinci kişi Başkan Yardımcısı olacaktır. Fakat eşit sayıda oya sahip iki ya da daha fazla kişi olduğunda, Senato gizli oyla bunlardan birini Başkan Yardımcısı seçecektir." (m. II/1/3)

– ABD vatandaşı olmak, en az 35 yaşında olmak ve 14 yıldır ABD'de ikamet ediyor olmak: "Doğuştan, veya bu Anayasa'nın kabulü sırasında Birleşik Devletler vatandaşı olanların dışında hiç kimse Başkanlığa seçilme niteliğine sahip olmayacaktır; otuz beş yaşına basmamış ve 14 yıldır Birleşik Devletler'de ikamet etmekte olmayan bir kişi de bu göreve aday olamayacaktır." (m. II/1/5)

– 4+4 yıl: "Bu göreve dört yıllık bir süre için sahip olacak (...)" (m. II/1)

"Hiç kimse, Başkanlık görevine iki defadan fazla seçilemeye-

cek ve daha önce Başkanlığa seçilmiş başka bir kimsenin görev süresinin iki yıldan fazla bölümünde Başkanlık sorumluluğunu yüklenmiş ya da ona vekâlet etmiş bir kimse bir kereden fazla Başkan seçilmeyecektir.(...)" (XXII. Değişiklik)

2. Yetkileri

– Yürütmenin başı: "Yürütme yetkisi, Amerika Birleşik Devletleri Başkanına verilecektir." (m. II/1)

– Başkomutanlık: "Başkan, Birleşik Devletler Kara ve Deniz Kuvvetleri ve Birleşik Devletler için faal hizmete çağırıldıkları takdirde, eyaletlerin milis kuvvetlerinin başkomutanı olacaktır(...)" (m. II/2/1).

– Yürütmeden görüş isteme: "(...) yürütme organının her bölümünün en üst görevlisinden kendi bölümünün işlevleri ile ilgili herhangi bir konuda görüşünü yazılı olarak isteyebilecek (...)" (m. II/2/1).

– Af yetkisi: "(...) görevi kötüye kullanma olayları dışında, Birleşik Devletler'e karşı işlenmiş suçlarda infazı erteleme ve affetme yetkisine sahip olacaktır." (m. II/2/1)

– Uluslararası antlaşma yapma: "Başkan, Senatonun tavsiye ve rızası ile, ve mevcut senatörlerin üçte ikisinin onayı ile, antlaşmalar yapma yetkisine sahip olacak (...)" (m. II/2/2)

– Atama yetkileri: "(...) büyükelçileri, diğer diplomatik kişi ve konsolosları, Yüksek Mahkeme yargıçları ile bu Anayasa'nın öngörmediği ve yasalarla kurulacak Birleşik Devletleri makamları için bütün görevlileri önerecek ve Senatonun tavsiye ve rızası ile bunların atamalarını yapacaktır: ancak Kongre uygun gördüğü alt düzeydeki görevlilerin atanmasını yasa ile, yalnızca Başkana, mahkemelere ya da Yönetim Bölümlerinin başkanlarına verebilecektir." (m. II/2/2)

– Kongreye mesaj yollama ve Kongreyi toplantıya çağırma: "Başkan, zaman zaman, Birliğin Durumu hakkında Kongreye bilgi verecek ve gerekli ve uygun gördüğü önlemleri onların görüşlerine sunacaktır: olağanüstü hallerde her iki meclisi, veya bunlardan herhangi birini, toplantıya çağırabilecek ve tatile girme konusunda aralarında bir anlaşmazlık olduğunda, uygun gördüğü bir tarihe kadar onları tatil edebilecek (...)" (m. II/3)

– Veto: "Temsilciler Meclisi ve Senato tarafından kabul edilen her yasa tasarısı, yasalaşmadan önce, Birleşik Devletler Başkanına sunulacaktır; eğer Başkan uygun görürse bunu imzalayacaktır, fakat uygun görmezse itirazları ile birlikte bunu kaynaklandığı meclise geri gönderecektir; bu meclis, genel olarak, itirazları tutanaklara geçirecek ve yasa tasarısını yeniden görüşecektir. Yeniden görüşme sonunda yasa tasarısı o meclisin üçte ikisi tarafından kabul edilirse, tasarı itirazlarla birlikte yeniden görüşülmesi için öteki meclise gönderilecektir. Yasa tasarısı, bu meclisin de üçte ikisi tarafından kabul edildiğinde, yasalaşacaktır. Fakat bütün bu gibi hallerde her iki meclisteki oylar evet ve hayır olarak saptanacak ve tasarının lehinde ve aleyhinde olan kişilerin adları her iki meclisin de tutanaklarına geçecektir. Başkan bir yasa tasarısını, kendisine sunuluşundan itibaren on gün içinde (Pazar günleri hariç) meclise geri göndermezse, tasarı Başkan tarafından imzalanmış gibi yasalaşacak, ancak Kongre tatile girerek yasanın geri dönüşünü engellediği takdirde yasalaşmayacaktır." (m. I/7/2)



Amerikan Özgürlük Bildirgesi'nin imzalanışını yansıtan bir illüstrasyon.



ABD'de Başkanlık seçimi için oy kullanımı, 8 Kasım 2016.

3. Sorumluluğu

– Impeachment: "Başkan, Başkan Yardımcısı ve Birleşik Devletler'in bütün sivil yetkilileri, vatana ihanet, rüşvet, diğer ağır suçlar ve görevi kötüye kullanmakla suçlanır ve mahkûm olurlarsa, görevlerinden alınacaklardır." (m. II/4)

"Suçlanan federal görevlileri yargılamaya yetkili tek makam Senato'dur. Bu amaçla toplandıklarında, Senato üyeleri ya yemin etmiş ya da yeminli bir beyanın yerine geçen yeminsiz beyanda bulunmuş olacaklardır. Amerika Birleşik Devletler Başkanı yargılandığında, Yüksek Mahkeme Başkanı oturuma başkanlık edecektir: Ve mevcut üyelerin üçte ikisinin kararı olmadan hiç bir kişinin suçluluğuna karar verilmeyecektir." (m. I/3/6)

**ABD Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan çevirinin tarafımızdan gözden geçirilmiş halidir.*

KAYNAKÇA

1. www.senate.gov

2. Barış Bahçeci, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Devlet Başkanının Veto Yetkisi, Ankara: Yetkin, 2008.

3. Lee Epstein ve Thomas G. Walker, Constitutional law for a changing America: institutional Powers and constraints,7th ed. Washington: CQ Press, 2011.

4. Philippe Lavaux, Les grandes démocraties contemporaines, 4e éd., Paris: PUF, 2015.

5. Giovanni Sartori, Comparative constitutional engineering: an inquiry into structures, incevtives and outcomes, 2nd ed., New York: New York University Press, 1997.

Basın Özgürlüğü AİHM ve Türkiye

Gazetecilere açılan soruşturmaların, uzun süreli tutuklamaların, sonunda mahkumiyet olmasa bile basın özgürlüğünün ihlalini oluşturduğu yönündeki AİHM kararlarının Türk yargısı tarafından içselleştirilmemesi genel bir sorun

Rıza Türmen
Önceki AİHM Yargıcı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) basın özgürlüğü, 10. maddedeki ifade özgürlüğü bağlamında ele alınır. İfade özgürlüğü ve bu çerçevede basın özgürlüğü, sadece bireysel bir hak ve özgürlük değildir, aynı zamanda demokrasiyle doğrudan bağlantısı olması nedeniyle AİHM tarafından özel bir korumaya tabi tutulur.

İfade özgürlüğünün içeriği ve demokrasiyle ilişkisi Handyside / İngiltere (1976) kararının ünlü 49. paragrafında çok güzel belirtilir:

"İfade özgürlüğü… Demokratik bir toplumun temelini oluşturur. Toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için en önemli koşullardan biridir… (ifade özgürlüğü) sadece lehde ya da, zararsız ya da kayıtsız kalınabilecek bilgi ve düşünceleri değil, aynı zamanda devleti ya da halkın bir bölümünü incitici, şok edici ya da rahatsız edici bilgi ve düşünceleri de kapsar. Bunlar demokratik bir toplumu var eden çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereğidir."

ABD Yüksek Mahkemesi'nin eski yargıçlarından Holmes aynı görüşü "nefret ettiğimiz düşüncelerin özgürlüğü" şeklinde ifade eder.

Basın demokrasinin bekçisidir. Gazeteciliğin amacı, iktidarlara hoş görünmek, ya da iktidarın sözcülüğünü yapmak değildir. Basının amacı, halkı bilgilendirmek, iktidarların yanlışlarını kamuoyunda sergilemek, korkusuz serbest bir tartışma ortamı yaratmaktır. Bunu halkın bilgi alma hakkıyla birlikte görmek gerekir. Sağlıklı bir demokrasi basının bu işlevlerini özgür bir biçimde yerine getirmesine bağlıdır.

Demokrasiyle olan bu ilişkisi nedeniyle, AİHM basın özgürlüğünü sınırlayan davalarda çok özenli davranır. Basın özgürlüğünün sınırlandırılmasını ancak şiddete teşvik, nefret söylemi, gibi istisnai durumlarda kabul eder. Basın özgürlüğünü geniş yorumlar. Abartılı hatta tahrik edici bilgi ve haberleri basın özgürlüğü kapsamında ele alır. (Radio France / Fransa 2004)

AİHM, gazetecilerin ceza soruşturmasına tabi tutulmasını ve cezaevine konulmasını çok istisnai durumlar dışında, basın özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirir.

Devlet, basın özgürlüğünü sınırlayıcı önlemler alırken, özellikle siyasal konularda çok dar bir takdir yetkisine sahiptir. Bu tür davalarda iki temel kavram AİHM'in kararlarına yön verir. Bunlardan birincisi "caydırıcı etki" (chilling effect) kavramı. Örneğin, basın mensuplarına karşı ceza soruşturması açılması, sonradan takipsizlik kararı verilse bile, yarattığı caydırıcı etki nedeniyle basın özgürlüğünün ihlaline yol açar. (Taner Akçam / Türkiye 2011) Başka bir kavram da, "daha az sınırlayıcı başka bir seçenek" bulunup bulunmaması. (Incal / Türkiye 1998)

Hükümeti eleştirmenin sınırı çok geniştir. Demokrasilerde iktidarı denetlemek sadece yasamanın ve yargının değil, aynı zamanda basının görevidir. (Castells / İspanya 1992). Devlet başkanını ve siyasetçileri eleştirmenin sınırları da geniştir. Siyasetçiler, siyasete girmekle kendilerini basının ve kamuoyunun eleştirilerine açık hale getirmişlerdir.

> Basın mensuplarına karşı ceza soruşturması açılması, sonradan takipsizlik kararı verilse bile, yarattığı caydırıcı etki nedeniyle basın özgürlüğünün ihlaline yol açar

Siyasetçilere yöneltilen eleştirilerle ilgili davalarda, AİHM olgular ile değer hükümleri arasında ayrım yapar. Olguların kanıtlanması olanağı bulunmasına karşın değer hükümlerinin kanıtlanması istenemez. Örneğin, Lingens / Avusturya (1986) davasında AİHM, Avusturya Şansölyesi Bruno Kreisky'nin eski Nazileri koruduğu için bir gazetecinin kullandığı "en alçak fırsatçılık", "ahlak dışı", "haysiyetsizlik" gibi ifadelerin bir değer hükmü olduğuna ve hakaret suçu nedeniyle gazeteciye verilen para cezasının basın özgürlüğünü ihlal ettiğine karar verdi.

Kamuoyunu ilgilendiren konularda, hükümetlerin takdir yetkisi daha sınırlıdır. (Bladet Tromso / Norveç) Bu gibi konularda, AİHM devletin güvenliği ile halkın bilgi edinme hakkı arasındaki dengeyi, halkın bilgi edinme hakkı lehine kurar. Devlet sırrı niteliğinde bir haberin gizliliği sona erdikten sonra basında yer verilmesi basın özgürlüğüne girer.

AİHM Büyük Dairesi, 8 Kasım 2016 tarihli Magyar Helsinki Bizottsag / Macaristan kararında, bir STK'nın polis kayıtlarına ulaşmasını engellenmesinin, ifade özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna vardı.

Hükümetlerin sadece basın özgürlüğünü ihlal etmemek değil aynı zamanda basının özgürce çalışmasını sağlayacak önlemleri alma yükümlülüğü var. Özgür Gündem / Türkiye (2000) davasında, AİHM, Hükümetin Özgür Gündem Gazetesine yöne-

lik tehditler ve şiddet eylemlerine karşı önlem almaması nedeniyle, basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verdi.

AİHM istatistiklerine göre, Türkiye 47 Avrupa Konseyi üyesi arasında ifade ve basın özgürlüğünü en fazla ihlal eden ülke. 2014 yılında AİHM'in ifade özgürlüğü ile ilgili olarak verdiği toplam 47 ihlal kararından 24'ü Türkiye'ye ilişkin. Türkiye birinci. 2015 yılında toplam 28 ihlal kararında 10'u Türkiye'ye ilişkin. Türkiye yine birinci. İkinciyse 3 ihlal kararı ile Fransa.

Türkiye'deki basın ve ifade özgürlüğü sorunu hem yasalardan, hem uygulamadan kaynaklanıyor.

Gazetecilere açılan soruşturmaların, uzun süreli tutuklamaların, sonunda mahkumiyet olmasa bile basın özgürlüğünün ihlalini oluşturduğu yönündeki AİHM kararlarının (Taner Akçam, Nedim Şener) Türk yargısı tarafından içselleştirilmemesi genel bir sorun. Bu sorun OHAL döneminde çok büyük boyutlara ulaştı.

Bunun dışında, AİHM'de sorun yaratan bazı TCK maddeleri şunlar:

1. TCK 216. madde. "Halkı kin ve düşmanlığa tahrik." Bu kavramdan AİHM'in ve Türkiye'deki yargıçların anladıkları farklı. AİHM, şiddete teşvik olup olmadığına bakıyor. Şiddete teşvik yoksa kamuoyunu ilgilendiren bir konuda yapılan sert eleştirileri basın özgürlüğü içinde görüyor. Oysa Türk yargısı devleti sert eleştiren ifadelerden gazetecileri mahkum ediyor. Örneğin, Dicle / Türkiye (2005) davasında, Güneydoğuda "devlet terörü"nden söz edilmesi, Türk yargısına göre, TCK 216 bağlamında suç. AİHM'e göre ifade özgürlüğü kapsamında eleştiri.

2. TCK 299. Cumhurbaşkanına hakaret suçu. Bu suçtan gazetecilere açılan soruşturmalar ve mahkumiyetlerin sayısında, mevcut Cumhurbaşkanı döneminde önemli bir artış var. Oysa, Avrupa'daki eğilim tam ters yönde. Birçok devlet, devlet başkanına hakareti suç olmaktan çıkarıyor (Çek Cumhuriyeti, Macaristan). Sorunu, genel hakaret suçu içinde ele alıyor. Birçok devlet ise, bu suç işlenirse, sadece para cezası vermekle yetiniyor (Fransa, İtalya, Polonya). Oysa TCK 299 bir yıldan 4 yıla kadar hapis cezası öngörüyor.

AB Komisyonu 2016 İzleme Raporu'nda, TCK 299'un uygulamasının basın üzerinde ürkütücü bir etki yarattığını ve giderek artan bir biçimde oto sansüre yol açtığını belirtiyor. Bu durumun Avrupa'daki genel eğilime ters düştüğünü vurguluyor.

Bu maddeyle ilgili sorun neyin eleştiri, neyin hakaret oluşturduğu konusunda AİHM ile Türk yargısı arasındaki anlayış farkı. Bunun yanında Türkiye'deki yargıçlar "olgu" ve "değer hükmü" ayrımı yapmıyor.

3. TCK 301. Türk milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini aşağılama suçu. Hrant Dink/Türkiye davasında, AİHM yasadaki, "Türklük" kavramının açık ve öngörülebilir olmaması nedeniyle, Hrant Dink'in ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermişti. 301. maddede yapılan değişiklikle "Türklük" yerine "Türk Milleti" kavramı getirildi. Ancak bu kavramın da ihlal nedenini ortadan kaldırmaya yeterli olup olmadığı kuşkulu. Dink kararında AİHM, aynı zamanda devletin Dink'in ifade özgürlüğünü korumaya ilişkin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğini vurguladı.

4. TCK 314 ve 220. Silahlı örgüt kurmak ve örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek ya da örgüte bilerek ve isteyerek yardım etmek. Bu suçların da sınırları açık ve öngörülebilir değil. Türk yargısı, örneğin bir gösteri yürüyüşü sırasında terör örgütünü destekleyen slogan atılmasını, zafer işareti yapılmasını örgüte yardım etmek ya da Terörle Mücadele Kanunu (TMK) 7. maddesi çerçevesinde, terör örgütünün propagandasını yapma suçu olarak görüyor. Oysa AİHM, şiddete teşvik ölçütü açısından bakıyor ve bu gibi davranışları ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendiriyor. (Gül / Türkiye, Yılmaz ve Kılıç / Türkiye Davaları)



Cumhuriyet Gazetesi'ne yapılan operasyon sonrası gazeteye destek ziyaretleri sürüyor, 2016.

Yukarıdaki maddelere ilişkin Türk yargı organlarının kararları ile AİHM kararları karşılaştırıldığında şu sonuçlar çıkıyor:

a. TCK ve TMK'daki maddeler ya açık ve öngörülebilir olmadıklarından ya da suçun maddi unsurları bakımından AİHM ölçütlerine uymuyor.

b. Türkiye'de yargıçların genelde ifade ve basın özgürlüğü anlayışı ile AİHM'deki yargıçların anlayışı arasında büyük bir fark var. AİHM bakımından önemli olan, düşüncenin serbestçe ifade edilmesi ve özellikle basın üzerinde dolaylı ve dolaysız bir baskı olmaması. Oysa, Türkiye'deki yargıçların zihinlerinde zararlı ve zararsız düşünceler ayrımı var. Zararlı düşünceler, devletin güvenliğine zarar veren düşünceler. Bu düşüncelerin açıklanmasına karşı devletin korunması gerekir. Bunun yanında Türkiye'de yargıçların, söz konusu ifadenin "değer hükmü" niteliğinde olup olmadığını incelememeleri önemli bir eksiklik.

15 Temmuz darbe girişiminden sonra Türkiye'de basın özgürlüğünün durumu daha da kötüleşti. Tutuklanan gazeteciler, işten çıkarılanlar, gazetelere kayyum atamalar, kapatılan gazeteler ve TV kanalları, AİHM ölçütleri ile Türkiye'de ifade ve basın özgürlüğü arasındaki makası daha genişletti. Bunun sonucu, önümüzdeki dönemde AİHM'den basın özgürlüğüyle ilgili olarak Türkiye'yi mahkum eden çok sayıda karar çıkması beklenebilir.

Basın özgürlüğü ile demokrasi arasındaki bağlantı nedeniyle, basın özgürlüğünün kitlesel ihlali aynı zamanda bir rejim sorunu doğuruyor. Türkiye demokrasiyle yönetilen bir ülke olacaksa, buna basın özgürlüğünün güvence altına alınmasıyla başlamak gerekir.

Geçmişin Karanlık Hayaleti, Siyasi Popülizm Uğruna Diriltilebilir mi?

Türkiye'de Ölüm Cezası Tartışmaları

Türkiye, akıl ve mantık hududunu tümüyle aşarak, taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri çiğnemek pahasına gerçekten böylesi bir deliliğe kalkışabilir mi? Kalkışırsa sonuçları ne olur?

Yrd. Doç. Dr. Hasan Sınar
İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim dalı Öğretim Üyesi

Hollywood sinemasının Yüzüklerin Efendisi veya Mumya gibi macera/bilimkurgu serilerinden hatırlayacağımız, popüler bir hikayesi vardır: Kadim çağlarda dünyaya dehşet salan bir kötülük boy gösterir. O devirde yaşayan iyiler el ele verir ve efsanevi bir mücadeleyle bu kötülüğü alt ederler; sonra da bir daha yeryüzüne çıkıp, insanlığa zarar veremesin diye onu geçmişin karanlığına gömerler. Ama çağlar sonra bazı kötüler ortaya çıkar ve yeryüzüne yeniden felaket getirmesi için geçmişin bu karanlık hayaletini diriltme çabasına girişirler. Ama hikayenin sonunda elbette kötüler amaçlarına ulaşamaz ve bu çağın iyileri onları mağlup ederek, diriltilmek istenen kadim kötülüğü ait olduğu geçmişin karanlığına geri gönderirler.

2016 yılının son aylarında Türkiye'de bir anda yeniden gündem oluşturan ölüm cezası talepleri, tam olarak da Hollywood'un bu popüler hikayesine uygunluk gösteriyor. Ancak, bazı farklar var elbette. Bir kere, geçmişin bu kadim kötülüğü, sinematografik bir hikayede değil; ancak "ölüm cezası" suretinde, gerçek dünyada, içinde yaşadığımız ülkede ve yaşadığımız çağda diriltilmek isteniyor. Ve daha da acısı ise, bu tartışma yurttaşlarına uygar bir yaşam, sağlıklı bir çevre, bilimle ve sanatla ilerleyen mutlu bir ülke vaat etmek yerine; bu kadim kötülüğü diriltmeyi vaat eden bir siyasal anlayış tarafından bilinçli bir şekilde yükseltiliyor.

Gerçi Türkiye'de ölüm cezasının siyasetçiler tarafından kolaylıkla bir hamaset konusu yapılması yeni bir durum değil. Örnekler çeşitlendirilebilir ama sanırım Özgecan Aslan cinayetinin hemen ardından, bu olayın kamuoyunda yarattığı tepki ve hassasiyet ortamının, anında siyaset erbabı tarafından nasıl istismar edildiği ve ölüm cezası çığırtkanlığına dönüştürüldüğü kolaylıkla hatırlanabilir.[1] Bugün ise bir yandan 15 Temmuz darbe teşebbüsünün diğer yandan PKK terörünün artan acı bilançosunun yarattığı infial, benzeri bir histeri ve çığırtkanlığı çok daha güçlü bir söylemle yeniden gündeme getirmiş durumda.

Peki Türkiye, akıl ve mantık hududunu tümüyle aşarak, taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri çiğnemek pahasına gerçekten böylesi bir deliliğe kalkışabilir mi? Kalkışırsa sonuçları ne olur?

Aşağıda özetle bu konulara değinilecek ancak öncesinde kısaca dünyada ölüm cezasına ilişkin bugünkü somut durumu inceleyelim.

Dünya'da Ölüm Cezası Uygulamalarına İlişkin Güncel Durum

Aydınlanma Çağı ile ortaya çıkan ölüm cezasının kaldırılması eğilimi, 20. Yüzyılın ikinci yarısından itibaren ulusal hukuk düzenlerinde giderek artan şekilde karşılık bulmuştur. Sözgelimi 1976'da Portekiz, 1978'de Danimarka, 1979'da Lüksemburg, Nikaragua ve Norveç, 1981'de Fransa ile gelişmeye başlayan bu süreç ile gelinen noktada, 2016 yılı sonu itibarıyla dünya üzerinde 103 ülke ölüm cezasını hiçbir istisnaya yer bırakmaksızın ulusal hukuk düzeninden çıkartmıştır.[2] Bunlara, ölüm cezasını barış döneminde yürürlükten kaldırmış olan 6 ülkeyi ve mevzuatında ölüm cezasına yer vermekle birlikte, bu cezayı "de facto" prensip olarak uygulamayan 31 ülkeyi de dahil ettiğimizde, 2016 yılı sonunda ölüm cezasının dünya üzerindeki 140 ülkeden silinmiş olduğu tespit edilebilir.[3]

Diğer bir deyişle, bugün için dünya üzerindeki her 3 ülkeden 2'sinde ölüm cezası yoktur ve bu gidişat, ölüm cezasının evrensel düzeyde kaldırılması ve yeryüzünden mutlak şekilde silinmesi yönündeki girişimleri de cesaretlendirmektedir.[4]

Bununla birlikte, halen ölüm cezasını uygulamakta olan 58 ülkedeki uygulamalara bakıldığında ise, dünyanın bir bölümünde halen karanlık bir tablonun hüküm sürdüğü görülmektedir. Eldeki son istatistik bilgilerine göre 2015 yılında dünya üzerinde hakkında ölüm cezası bulunan en az 1634 kişinin infaz edildiği tespit edilebilir.[5] En fazla sayıda infazın Çin'de gerçekleştiği bilinmekle birlikte, bu ülkede infaz verilerinin devlet sırrı sayılması nedeniyle, gerçek rakamın ulaşılabilenden çok daha fazlası olduğu tahmin edilmektedir. Çin dışında, 2015 yılında kaydedilmiş infazların yüzde 89'u ise yalnızca 3 ülkede; İran, Pakistan ve Suudi Arabistan'da gerçekleştirilmiştir.[6] Bunlar içerisinde, İran'da infaz edilenlerden 4'ünün ve Pakistan'da infaz edilenlerden 5'inin olmak üzere toplam 9'unun 18 yaşından küçük kişiler olduğu kayıtlara geçirilmiştir. Yine 2015 yılı içerisinde, farklı ül-

kelerde yargılanan 1998 kişi hakkında ölüm cezası kararı verilmiştir ve bu kişilerle birlikte, halen dünya üzerinde 20292 kişi infaz edilmek üzere "ölüm koridoru"nda beklemektedir.[7]

Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin Ulusal Üstü Normlara Kısa Bakış

Ölüm cezasının kaldırılmasına yönelik mücadelenin ilk yapı taşları Beccaria, Rousseau ve Voltaire gibi Aydınlanma düşünürleri tarafından inşa edilmiş olmakla birlikte, ulusal hukuk düzenlerinde bu yönde bir eğilimin belirginleşmesi 20. Yüzyılın ikinci yarısında gerçekleşmiştir. Özellikle iki büyük dünya savaşının insanlığa yaşattığı acı deneyimlerin ardından gelişen evrensel barış arayışı süreci, temel insan hak ve özgürlüklerinin korunmasını amaçlayan başlıca ulusal üstü insan hakları belgelerinin ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Bu insan hakları belgeleri içerisinde, inceleme konumuz yönünden özellik gösterenler ise, salt ölüm cezasının kaldırılmasına özgülenen ulusal üstü insan hakları metinleridir.

Evrensel ölçekte ölüm cezasının kaldırılmasına özgülenen temel metin, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin (BMMSHS) Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin İkinci Seçmeli Protokolü'dür. 1991 yılında yürürlüğe giren bu Protokolde, ölüm cezasının barış zamanında mutlak surette kaldırılması öngörülmekte ve ölüm cezası istisnası ise yalnızca savaş sırasında, yalnızca çok ciddi nitelikteki askeri suçlara özgü olarak tanınmaktadır.[8] Türkiye, bu Protokolü 04.06.2004 tarihinde imzalamış ve sonrasında 02.11.2005 tarihinde Resmi Gazete'de "Ölüm Cezasının Kaldırılmasını Amaçlayan, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İkinci İhtiyari Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun" yayımlanmıştır. Protokol, Türkiye yönünden 02.06.2006 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.



Bölgesel ölçekte ölüm cezasının kaldırılması konusuna özgülenen metinler ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. ve 13. Ek Protokolleri ile Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ölüm Cezasını İlga Edilmesi Protokolü'dür. Bunlar içerisinde AİHS'in Ek protokolleri Türkiye açısından sonuç doğurmaları itibarıyla özellikle incelenmelidir.

AİHS'in 1985 yılında yürürlüğe giren 6. Ek Protokolü ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin olarak -tıpkı yukarıdaki BMMSHS İkinci Seçmeli Protokolü gibi- barış zamanı ve savaş zamanı şeklinde kategorik bir ayırım getirmekte ve barış zamanında ölüm cezasını mutlak şekilde kaldırmaktadır. Buna karşın ölüm cezası istisnası ise, yalnızca savaş zamanında veya yakın savaş tehdidi durumunda tanınabilir. Bu istisnai kategorinin yaratılmasının temel nedeni ise, barış zamanında ölüm cezasını kaldırma eğilimi göstermekle birlikte, savaş zamanı veya yakın savaş tehdidi durumunda bu cezayı halen muhafaza etmek isteyebilecek taraf devletlerin, bu Protokole taraf olabilmelerinin önünü açabilme çabasından ibaret bulunmaktadır. Protokolün 3. maddesinde taraf devletlerin Protokol hükümlerinden sapma yapması yasaklanmış ve 4. maddesinde ise Protokol hükümlerine hiçbir çekince konulamayacağı vurgulanmıştır. Protokol, halihazırda Avrupa Konseyi üyesi 46 ülke tarafından onaylanmıştır.[9] Türkiye, bu Protokolü 15.01.2003 tarihinde imzalamış ve sonrasında 01.07.2003 tarihli Resmi Gazete'de "11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesine Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair Ek Protokol 6 No'lu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun" yayımlanmıştır. Protokol, Türkiye yönünden 01.12.2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

AİHS'in 2003 yılında yürürlüğe giren 13. Ek Protokolü ise, -önceki 6. Ek Protokolden farklı olarak- ölüm cezasını hiçbir istisnai duruma yer bırakmaksızın mutlak şekilde kaldırmaktadır. Bu Protokol ile, önceki protokolde yer alan savaş zamanı-barış zamanı ayırımı bertaraf edilmiş ve ayrıca Protokolün 2. maddesi ile taraf devletlere, AİHS md. 15 uyarınca bu Protokol hükümlerinden sapma yapma hakkı tanınmadığı belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle bu Protokole taraf olan devletler, AİHS md. 15'de yer alan savaş zamanı ve diğer kamusal tehlike hallerinde "aykırı önlem" uygulayabilme yetkisinden mutlak şekilde yoksun bırakılmışlardır. Protokolün 3. maddesi ile ise, Protokol hükümlerine hiçbir çekince konulamayacağı belirtilmiştir. Protokol, halihazırda Avrupa Konseyi üyesi 44 ülke tarafından onaylanmış bulunmaktadır.[10] Türkiye de bu Protokolü 09.01.2004 tarihinde imzalamış ve sonrasında 12.10.2005 tarihli Resmi Gazete'de, "İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesine Ek, Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılmasına Dair 13 No'lu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun" yayımlanmıştır. Protokol, Türkiye yönünden 01.06.2006 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

Türkiye'de Ölüm Cezası Tartışmalarının Olası Sonuçları

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, Türkiye'deki güncel ölüm cezası tartışmaları, özellikle Türkiye'nin taraf olduğu ölüm cezasının kaldırılmasına özgülenmiş bölgesel sözleşmeler olan, AİHS Ek Protokol 6 ve Ek Protokol 13 yönünden önem taşımaktadır.

Çünkü -değinildiği üzere- bu her iki AİHS Protokolü de, taraf devletlere ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin hükümlerinden sapma yapmayı yasaklamaktadır. Diğer bir ifadeyle, terörizm veya diğer başkaca kamusal tehlikelere dayanılarak bu Pro-

tokollere "aykırı önlem" getirilmesi mümkün değildir. Benzer şekilde her iki Protokolde de, çekince koyma yasağı açık bir biçimde düzenlenmiştir. Nihayet, her iki Protokol metninde, bu Protokollerin feshedilmesine ilişkin herhangi bir usul de öngörülmemiştir. Başka bir deyişle, bu Protokollere taraf olup olmamak her devletin kendi tercihidir ancak herhangi bir devlet bir kez bu Protokollere taraf olma iradesini ortaya koymuş, tercihini bu yönde kullanmışsa artık bu yolda geri dönüş yoktur ve bu Protokoller tüm taraf devletler yönünden ilelebet bağlayıcıdır. Bu durumda, Türkiye'nin iç hukuk düzeninde ölüm cezasını yeniden diriltmeye yönelik girişebileceği herhangi bir yasal düzenleme teşebbüsü, taraf olduğu bu sözleşme metinlerinin mutlak ihlali niteliği taşıyacaktır.

Ölüm cezasının kaldırılmasına özgülenen bu Protokollerin biri 46 diğeri ise 44 Avrupa Konseyi üyesi ülke tarafından onaylanmış olmakla birlikte; -tespit edilebildiği kadarıyla- bu ülkelerden birini yönetenlerin, altına imza attıkları ve usulüne uygun olarak onaylamak suretiyle tarafı oldukları bu ulusal üstü sözleşmeleri ihlal etme kararlılığını dile getirmeleri, bugüne kadar görülmüş, duyulmuş bir durum değildir. Dolayısıyla, Türkiye'de siyasal iktidar eliyle yükseltilen ölüm cezası taleplerinin, Avrupa Konseyi bünyesinde olumsuz anlamda örneği görülmemiş "unique" bir fiili durum yarattığını vurgulamak gerekir. Ancak Türkiye'de siyasal iktidar tarafından ortaya atılan bu şifahi beyanların eyleme geçirilmesi ve ölüm cezasını diriltmeye yönelik olarak bir yasal düzenleme tasarrufuna girişilmesi halinde, bu girişimin Avrupa Konseyi bünyesinde yine örneği pek görülmemiş bir karşılık bulması da kaçınılmaz görünmektedir.

Somut olarak ifade etmek gerekirse, Türkiye'nin ölüm cezasını geri getirmesinin bedeli, 1949 yılında kurucu üye sıfatıyla katıldığı Avrupa Konseyi'nden çıkartılmasıdır. Bu durumda, Türkiye başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere Avrupa Konseyi bünyesinde insan haklarının korunmasına ilişkin tüm mekanizmalardan dışlanacak ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkından da yoksun kalınacağı için, Türkiye Cumhuriyeti yurttaşları temel hak ve özgürlüklerinin korunması noktasında tümüyle güvencesiz hale gelecektir.[11]

Bu tarz bir durumun, yalnızca ölüm cezası bağlamında yaşama hakkı yönünden değil, ancak aynı zamanda kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkından din ve vicdan özgürlüğüne ve ifade özgürlüğünden mülkiyet hakkına kadar AİHS ve Ek Protokollerinde düzenlenmiş olan tüm temel hak ve özgürlükler açısından telafisi asla mümkün olmayan zararlar üreteceği ve toplumsal yaşamı sürdürülemez kılan bir "hukukî güvensizlik" ortamı yaratacağı gözden uzak tutulmamalıdır.

Şu halde, taraf olunan uluslararası sözleşmeler çiğnenerek ölüm cezasının geri getirilmesi, Türkiye'de Tanzimat'tan bugüne kadar devam eden uygar dünyanın ve evrensel hukukun bir parçası olma idealinde radikal bir değişikliğe gidilmesi anlamını taşımakla birlikte; bu idealin yerine ikame edilebilecek, insan haklarının korunmasına yönelen başkaca bir kurumsal mekanizma da mevcut bulunmamaktadır. Diğer yandan, Avrupa Konseyi üyeliğinden çıkartılma utancını yaşayan bir ülke olmanın, uluslararası camiada çok büyük itibar ve prestij kaybı yaratacağı ve bu durumun kaçınılmaz olarak son derece olumsuz ekonomik, sosyal ve kültürel neticelerle yüzleşmeyi gerektireceği de unutulmamalıdır.


12 Eylül 1980 darbesinden sonra yaşı büyütülerek idam edilen Erdal Eren

Bu gerçekler ışığında, yükseltilen ölüm cezası talepleri ile, Türkiye'nin belirsizliklerle dolu böylesi bir karanlık bir geleceğe sürüklenmeye çalışılmasının -günlük siyasi rantın ötesinde bir- gerekçesini ve mantığını anlayabilmek de mümkün gözükmemektedir. Oysa Türkiye'nin uzun soluklu bir mücadelenin sonunda büyük zorluklarla elde etmiş olduğu bu hukukî kazanım ve güvencelerin, günlük siyasal rant uğruna kolaylıkla harcanması ve böylece Türkiye'nin uygar dünyadan tamamen dışlanması, bu ülkenin yurttaşlarına yapılabilecek en büyük kötülük ve haksızlıktır. Türkiye'de siyasal eğilimleri ne yönde olursa olsun, ülkesine yapılmak istenen bu büyük kötülüğü kavrayabilen "akıl ve izan sahibi" insanlar vardır ve bu insanlar hiç de azınlıkta değildir. Önemli olan, tüm bu akıl ve izan sahibi iyilerin, tepkilerini demokratik ve meşru yollardan bütünleştirmek suretiyle, yeniden diriltilmek istenen bu kadim kötülüğe karşı durabilmeleridir. Çünkü, güncel tartışma konusu olan ölüm cezası iyiler tarafından el birliği ile ait olduğu yer olan geçmişin karanlığına gönderilemez ise, bu kez hikayenin sonu değişecek ve bu kadim kötülüğün yeniden diriltilmesinin bedeli; Türkiye'nin uygar dünyanın dışlanarak, yurttaşlarının hukukî güvenceden tümüyle yoksun olduğu karanlık ve belirsiz bir geleceğe sürüklenmesi olacaktır.

1. Özgecan cinayeti "idam" tartışması başlattı. Radikal Gazetesi, 16.02.2015, http://www.radikal.com.tr/turkiye/ozgecan-cinayeti-idam-tartismasi-baslatti-1294452/

2. Türkiye de -aynı yıl ölüm cezasını mevzuatından çıkartan Yunanistan, Butan, Samoa ve Senegal ile birlikte- 2004 yılında doğru yöndeki bu serüvene katılmıştır.

3. Ölüm cezasını istisnasız olarak kaldıran, yalnızca barış zamanına özgü olarak kaldıran ve "de facto" olarak uygulamayan ülkeler listesi için bkz. https://www.amnesty.org/download/Documents/ACT5038312016ENGLISH.PDF

4. Ölüm cezasının evrensel düzeyde kaldırılması için oluşturulan uluslararası akademik ağ ve çalışmaları için bkz. http://www.academicsforabolition.net/

5. https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/04/death-penalty-2015-facts-and-figures/

6. https://www.amnesty.org/en/latest/research/2016/04/death-sentences-executions-2015/

7. https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/04/death-penalty-2015-facts-and-figures/

8. Semih Gemalmaz, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, 2. Baskı Kavram Yayınları, 1994, s. 117.

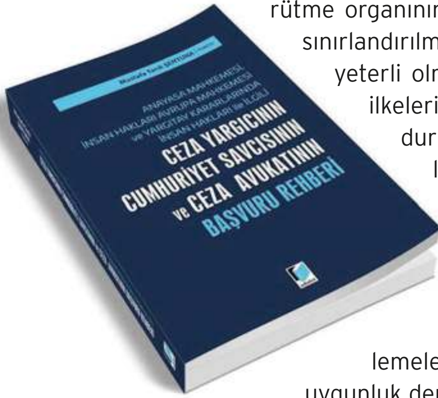
9. http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/114/signatures?p_auth=kpxwZhi3

10. https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/187/signatures?p_auth=mUzw2oX3

11. "Uyarıyoruz, Artık Yeter", Türkiye Barolar Birliği Basın Açıklaması, Hürriyet Gazetesi, 6 Kasım 2016.

Ceza Yargıcının, Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Avukatının Başvuru Rehberi

Hakim Mustafa Tarık Şentuna'nın "Anayasa Mahkemesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarında İnsan Hakları ile İlgili Ceza Yargıcının Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Avukatının Başvuru Rehberi" adlı kitabı insan hakları hukukuna dair oldukça kapsamlı bir inceleme sunuyor. Yedi bölümden oluşan kitapta yaşam, özgürlük ve güvenlik, adil yargılanma, özel yaşam ve aile yaşamına saygı ile iletişim özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplantı ve örgütlenme özgürlüğü haklarına ilişkin örnek olay ve kararlar bulunuyor. Kitabın sunuşunda ise yazarın şu ifadeleri yer alıyor: "Tarihsel gelişim süreci içerisinde hak ve özgürlüklerin korunması önce yürütme organının diğer bir deyişle siyasal iktidarın sınırlandırılması anlayışı ile başlamıştır. Bunun yeterli olmayacağı, yasaların hukukun genel ilkelerine, insan haklarına aykırı olması durumunda yasama organının da sınırlandırılması gerektiği anlayışı yerleşmiştir. Yargı ise temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olarak, yasa koyucuyu ve siyasal iktidarı bütün uygar ülkelerce kabul edilen insan haklarına uygun düzenlemeler yapması doğrultusunda hukuka uygunluk denetimi ile sınırlaya gelmiştir. Özgürlüklere getirilen her sınırlamanın da bir sınırı vardır. (...) İşte biz kitabımızda, doktriner tartışmalara girmeksizin, Ceza ve Ceza Muhakemesi ile ilgilenen hukukçuların, uygulamada karşılaştıkları insan hakları sorunlarına çözüm üretebilmeleri için anahtar nitelikte kararlara yer verdik. Amaç, özellikle ceza soruşturma ve kovuşturmalarında yer alan aktörlerin, önlerine gelen uyuşmazlığa, ceza ve muhakeme yasaları yanında, insan haklarına ilişkin belge ve kararlar ışığında yaklaşmaları yönünde uygulamalarda istikrar kazandırmaktır."



Mustafa Tarık Şentuna, Anayasa Mahkemesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarında İnsan Hakları ile İlgili Ceza Yargıcının Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Avukatının Başvuru Rehberi, Adalet Yayınevi, 2016.

Kadına Yönelik Şiddetle Mücadelede Pratik Bilgiler Kitabı

Mor Çatı Kadın Sığınağı Vakfı 28 Şubat'ta "2010'larda Erkek Şiddetine Karşı Kadın Sığınakları ve Dayanışma Politikaları: Türkiye'den ve Avrupa'dan Deneyim Paylaşımları" temalı uluslararası konferansın devamı niteliğinde avukatlara yönelik "Kadına Yönelik Şiddetle Mücadelede Uluslararası Mekanizmalar" atölyesi düzenledi.

Kadına yönelik şiddet alanında bireysel ve kadın örgütlerinde gönüllü veya profesyonel çalışan 20 kadın avukatın katıldığı atölye çalışması sonucunda "Kadına Yönelik Şiddetle Mücadelede Uluslararası Hukuk Mekanizmaları: Pratik Bilgiler El Kitabı" yayınlandı. Kitap, kadına yönelik şiddet alanında çalışan avukatların takip ettikleri davalarda atıfta bulunabilecekleri uluslararası belgeler, içtihatlar ve uluslararası hukuk mekanizmalarının usul kurallarına ve uluslararası hukuk mekanizmalarının kullanılmasına dair bilgiler içeriyor.



Atölyeye katılım sağlayamayanlar için yapılan sunum, tartışma ve deneyimleri ulaşılabilir kılan "Kadına Yönelik Şiddetle Mücadelede Uluslararası Hukuk Mekanizmaları: Pratik Bilgiler El Kitabı" Mor Çatı Kadın Sığınağı Vakfı Dayanışma Merkezi'nden ya da morcati@morcati.org.tr adresine mail atılarak temin edilebiliyor.

Mor Çatı Kadın Sığınağı Vakfı, Kadına Yönelik Şiddetle Mücadelede Uluslararası Hukuk Mekanizmaları: Pratik Bilgiler El Kitabı, 2016.

İlişkisel Özerklik Bağlamında Evli Birey

Dr. Nadire Özdemir'in aile hukukuna dair "İlişkisel Özerklik Bağlamında Evli Birey" adlı çalışması kitaplaştırıldı. Dört bölümden oluşan kitapta aile, evlilik, evli bireyler ve özerkliğin hukuk aktörleri tarafından algılanış ve anlamlandırılma biçimleri konuya dair elverişli nitel araştırma yöntemleriyle bir araya getirildi. Çalışma yöntemi olarak yargı aktörleriyle mülakat, odak çalışması ve yargı kararları kapsamında doküman inceleme tekniği kullanan Özdemir kitapta, sahadan edinilen verileri tercih edildiği teorik çerçeve kapsamında yorumlayarak hukuk uygulamasında evli bireyin özerkliğine dair saptamalara yer veriyor. İlk kez feminist yazarlarca tartışmaya açılan "evli bireyin ilişkisel özerkliği" kavramı üzerine yapılan araştırma, alt sorulara bölündüğü her bir yeni bölümle bu sorulara dair cevapları kapsayan açıklamalardan oluşuyor. Kitabın içerdiği dört konu başlığı ise şöyle: Araştırmanın Yöntemi, Aile, Evlilik ve Devlet – Hukuk, Bireyin Özerkliği, Evli Birey ve Evlilik İdeolojisi, Evli Bireyin İlişkisel Özerkliğinin Olgusal Görünümleri

Nadire Özdemir, İlişkisel Özerklik Bağlamında Evli Birey, Turhan Kitabevi Yayınları, 2016.



Kimlik, Siyaset, Terör ve Hukuk

Barışçı olan ve olmayan ayrımına gitmeksizin toptan kriminalize etme tavrı demokratikleşme hedefini gitgide uzak bir vadeye erteleyen sonuç doğuruyor

Ozan Erözden



HDP eş başkanlarının da aralarında olduğu milletvekili ve belediye başkanlarının tutuklanması "Teslim Olmayacağız!" yazılı pankartlar taşıyan halk tarafından protesto edildi. İstanbul-Kartal, 20 Kasım 2016.

Bir siyasi toplumu oluşturan özneler (bireyler) normal koşullar altında birden fazla kimliğin taşıyıcısıdırlar. Her birinin toplumsal cinsiyeti, siyasi görüşü, sınıfsal aidiyeti, etnik kökeni, dini inancı, vb. ayrı birer kimliğin temelini oluşturur. Bireyler bu kimliklerden birini, birkaçını ya da tümünü benimseyebilir, sahiplenebilirler. Bu yöndeki tavırlarını belirleyecek ana unsur kimliğin içeriğinin nasıl şekillendiğidir. Ancak, kimliklerin tam olarak ne ifade ettiği, içlerinin ne şekilde doldurulduğu karmaşık bir konudur. Çok genel olarak, burada "alttan" ve "üstten" olarak nitelendirilebilecek iki farklı dinamiğin devreye girdiği söylenebilir.[1] Bu dinamiklerden birincisinde, yani alttan işleyeninde kimliğin içeriği o kimliği sahiplenen bireylerin düşünceleri, tavırları, eylemleri ya da eylemsizlikleriyle belirlenir. Buna karşılık üstten işleyen dinamikte kimliğin içeriği hegemonik bir müdahaleyle tanımlanır. Daha başka bir deyişle, kendisini kimliği sahiplenenlerin dışında ve / veya üstünde konumlandıran bir iktidar odağı kimliğin içeriğinin ne olması gerektiğini de tespit eder.

Kimlik oluşumlarının bu iki değişik türünün siyasi çerçevede ortaya çıkardığı sonuçlar da farklı olacaktır. Alttan dinamiklerle oluşan kimlikler devingendir. Dönüşen siyasi konjonktüre uygun olarak farklı formlar alabilir, zaman içinde farklı içeriklere bürünebilirler. Bunun sonucunda, bu kimliği benimseyenlerin siyasi tavırlarında değişen ihtiyaçlara cevap verebilecek şekilde bir olumlu esneklik bulunacaktır. Buna karşılık kimliklerin üstten dayatılan içerikleri, yine bir üstten müdahale olmadığı sürece, durağan kalmaya mahkûmdur. Bu da, o kimliği benimseyenlerin değişen siyasi koşullara karşı esnek olamamaları,

değişen şartlara uygun düşmeyen kalıplar içinde kalmaları sonucunu doğurur. Bir örnekle açıklamak gerekirse, Batı siyasi evreninde "Batılı kadın" kimliğinin alttan dinamiklerle belirlenen içeriğinde 1960'ların ikinci yarısı itibarıyla bir kırılma, daha doğrusu bir çeşitlenme meydana gelir. Bu çeşitlenme, uluslararası ilişkilerden iktidar kuramı çalışmalarına kadar yayılan bir alanda etki gösterecek, bilinen siyasi formları zorlayan ve değiştiren, evrensellik vurgulu bir aktivizm ortaya çıkaracaktır. Buna karşılık, Türkiye'de içeriği 1930'ların siyasi kadrolarınca belirlenen "Cumhuriyet kadını" kimliği neredeyse tıpatıp aynı içerikle 21. yüzyılın başında da üretilmeye devam edecek ve çağın farklılaşan siyasi dinamiklerine sınırlı ölçüde karşılık gelen tavır ve eylemlere yol açacaktır.

Kimliklerin içeriğinin belirlenmesindeki farklı dinamiklerin, söz konusu kimliği taşıyan insanlar kümesinin kimlerden oluştuğunu belirleme açısından da önemli sonuçları vardır. İçeriği alttan dinamiklerle belirlenen kimliklerin taşıyıcıları, esas olarak, bu kimliği gönüllü olarak benimseyenlerdir. Buna karşılık hegemonik müdahaleyle tanımlanan kimliklerin taşıyıcılarının kimler olduğu, yine esas olarak, aynı üst odak tarafından belirlenir. Bu durumda, bir grup insan için aslında tam anlamıyla benimsemedikleri bir kimliğin dışardan üzerlerine geçirilmesi gibi bir durum söz konusu olacaktır.

Türklük haricindeki etnik kökenlere vurgu yapanlar hegemonik söylemde sistem dışı olarak kaydedildiler ve tıpkı sınıf kimliğini üstlenenler gibi büyük ölçüde kriminalize edildiler

Hegemonik müdahaleyle belirlenen kimliklerin başında, ulusal kimlik gelir. Ulus ya da millet, Batı siyasi evreninde yeşermiş ancak 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren küresel ölçekte yayılma sürecine girmiş toplumsal-siyasal (sosyo-politik) bir kurgudur. Bir ulusu oluşturduğu varsayılan insan topluluğu sadece şimdiki zamanda yaşayan kişileri değil, geçmiş ve gelecek kuşakları da kapsar biçimde tahayyül edilir. Ulusal kimlik, milliyetçi söylem tarafından zamana, mekâna, sembollere ve gündelik hayata ilişkin boyutlar içerecek şekilde üretilen ve "ulus inşası araçları" kanalıyla kitlelere belletilen bir kendini tanımlama biçimidir.[2] Milliyetçi söylem ulusları, kadim dönemlerden beri var olan, belli bir toprak parçasıyla özel bir bağı bulunan, kendilerini diğer uluslardan ayıran sembolleri ve gündelik hayata ilişkin ritüelleri bulunan insan toplulukları olarak tarif eder. Bir yandan da, devlet formunda örgütlenen siyasi yapının sağladığı zorunlu örgün eğitim, zorunlu askerlik, siyasi katılım vb. araçlar kanalıyla o devlete vatandaşlık bağıyla bağlanmış insanlar topluluğunu bu tarife tıpatıp uydukları fikrine ikna etme yolunda bitmek bilmez bir çaba içine girer.

20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren demokratik rejimler çoğunlukçuluk (majoritaryanizm) yerine çoğulculuğu (plüralizm) hedefler şekilde yapılandırılmaya başlandılar. Bu çerçevede, demokratik hukuk sistemleri evrenselciliğe daha fazla vurgu yapan bir içeriğe bürünürken, çoğulculuğun salt siyasi boyutu değil, kültürel ve inançlar dünyasına ilişkin yönleri de uluslararası sözleşmeler ve ulusal normlar kanalıyla güvence altına alınır oldu. Bu gelişmeler bir devletin yurttaşlarının tümüne yekpare bir ulusal kimliğin benimsetilmesi çabalarının da gözden geçirilmesine, yumuşatılmasına yol açtı. Bunun sonucunda, bir yandan ulusal kimliğe alternatif olabilecek başka kimliklerin (örneğin sınıfsal, etnik, dinsel vb.) siyasal alanda meşru zeminde temsil edilmelerinin önü açılırken, diğer yandan ulusal kimlikler bir "katılımcı hak ve özgürlükler rejiminde ortaklaşma" gibi genel formüllere yaslanır hale geldi. Böylece, siyasi sadakat ulusal kimlik olarak tanımlanan elbiseyi sorgusuz üzerine geçirmekle ölçülür olmaktan çıktı. Demokratik esas ve usullere bağlılık ve şiddeti dışlama sisteme sadık olmayı tanımlayan başlıca ölçütler haline geldi.

Türkiye'de cumhuriyetin kuruluş döneminde ulusal kimlik söylemde iki temel hat öne çıkarılarak tanımlandı: vatandaşlık ve laiklik. Buna göre Türk ulusal kimliği, dini aidiyete başvurulmadan, devlete vatandaşlık bağıyla bağlı olma temelinde şekilleniyordu. Ancak, gerek söylemin satır aralarında gerek uygulamada ulusal kimlik anılan ölçütlerden çok daha etkili olacak biçimde Müslümanlık ve etnik Türklüğü benimsemek unsurları gözetilerek inşa edildi. Türkiye Cumhuriyeti'ne vatandaşlık bağıyla bağlı olan herkes Türk'tü, ama gayrimüslim bir Türk ya da anadilini açıkça Kürtçe, Lazca, Boşnakça vb. olarak ilan eden bir Türk ne tasavvur edilebiliyor ne de sosyal/siyasal hayatta ortaya çıkabiliyordu. Ulusal kimliğin hegemonik müdahaleyle tanımlanan içeriğindeki bu ikircikliğin, kendisini ulusal kimliğe alternatif kimlikler üzerinden tanımlayanlar açısından önemli sonuçları oldu. Kendilerini Müslüman kimliğini öne çıkaracak biçimde tanımlayanlarla, Türklük haricindeki etnik kökenlere vurgu yapanlar hegemonik söylemde sistem dışı olarak kaydedildiler ve tıpkı sınıf kimliğini üstlenenler gibi büyük ölçüde kriminalize edildiler.

Ulusal kimliğe alternatif kimlikleri benimseyenlerin bir bütün olarak kriminalize edilmesi 1960'lardan itibaren Türkiye'de demokratikleşme çabalarının önündeki en büyük engel olarak varlığını hep sürdürdü. Bu kimlikleri, özellikle de sınıf kimliğini ve etnik Kürt kimliğini benimseyenlerin bir kısmının örgütlü biçimde silahlı terör eylemleri gerçekleştiriyor olması resmi kanaldan toptancı bir yaklaşımla bu kimliği sahiplenenlerin tamamına yönelik suçlamaların en büyük dayanağı oldu. Ne var ki, görülmeyen şuydu: ulusal kimliğe alternatif kimlikler barışçı ve demokratik yollardan ifade edilmedikçe sağlıklı bir demokratik rejim kurmak mümkün değildi. Bunun kanallarını açmak yerine, barışçı olan ve olmayan ayrımına gitmeksizin toptan kriminalize etme tavrı demokratikleşme hedefini gitgide uzak bir vadeye erteleyen sonuç doğuruyor.

Halkın Demokratik Partisi'nin milletvekillerinin ve Demokratik Bölgeler Partisi'nin seçilmiş belediye yöneticilerinin tutukluluk halleri ve karşı karşıya oldukları hukuki süreç bana bunları düşündürdü. Tabii, tüm bu düşüncelerin ancak Türkiye'nin demokratikleşme gibi bir hedefi olduğu varsayımında anlam ifade ettiğini eklemek gerekiyor.

KAYNAKÇA

1. Haldun Gülalp, "Kimlikler, Toplum ve İktidar", İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No:40 (Mart 2009), s. 133-143.

2. Umut Özkırımlı, Milliyetçilik Üzerine Güncel Tartışmalar, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010.

On Ekim Ankara Katliamı Davası

Soruşturma ve Kovuşturma Süreci

Önlenebilir bir katliamın neden önlenmediği veya önlenmek istenmediği bu davanın en büyük sorusu olmuş ve bu soru ile duruşmaya başlanmıştır

Av. Nuray Özdoğan
On Ekim Avukat Koordinasyonu

Bu ülke tarihinin en büyük katliamlarından birisini daha hem olayın müştekisi hem de müştekiler vekili sıfatıyla takip etmek durumunda kalmak bu ülkenin insan hakları hukukçularının kaderi olsa gerek.

On Ekim avukat koordinasyonu olarak 10 Ekim 2015 tarihinden itibaren davanın müştekileri ve gönüllü avukatları olarak şimdilik 75 klasör olan dava dosyasını, kısıtlılık kararı nedeniyle iddianamenin kabulüyle birlikte inceleme olanağına kavuştuk.

Dosyadaki kısıtlılık yasağı, tüm IŞİD katliam dosyalarında olduğu gibi, CMK madde 153 düzenlemesiyle etkin soruşturma usullerini belirleyen Minnesota Protokolü'nü aşarak, müşteki ve mağdurların müdahillik haklarını ve etkin soruşturmayı engelleyecek şekilde uygulanmış, dosyayla bağımız tümden kesilmeye çalışılmıştır. Buna dair yapılan başvurular Anayasa Mahkemesi incelemesinde olup henüz sonuçlanmamıştır. Delillerin toplanması ve sanıkların ve azmettirenlerin yakalanmasına dair yaptığımız tüm başvurulara rağmen, 13 ay boyunca delillerin birçoğu toplanmamış, kısıtlılık kararının soruşturmanın genişletilmesi taleplerimizi bertaraf etmek amaçlı uygulandığına dair öngörülerimizin gerçek olduğu ortaya çıkmıştır.

Kısıtlılığa dair kararın kendisini dahi kısıtlılık kararı olduğu gerekçesiyle vermeyen savcılık

makamı, ilginçtir ki dosyadaki kısmi görüntü kayıtlarından anladığımız kadarıyla dosyanın sanıklarının Antep'te gizlenme gereği dahi duymadan rahatça dolaşmaları karşısında hiçbir şey yapmamış, teknik takip kayıtlarını istememiş, olayda kullanılan araçların Antep'e geri dönüş ve terk anına kadarki takibini dahi yapmamış araç takip kayıtlarını dosyaya edindirmemiştir.

Mersin, Adana HDP binalarına saldırı, Diyarbakır HDP miting saldırısı, Suruç, Ankara On Ekim Katliam dosyaları arasındaki bağlantı açık olmasına rağmen her katliam sonrası yeterli ve etkin soruşturma yapılmadığından sanıklar tüm bağlantılarıyla takip edilmemiş ve istihbarat kimi yerlerde bekletildiğinden, ne yazık ki yeni katliamlar yeni ölümler engellen(e)memiştir. Örgütsel bütünlük içinde organize edilen her katliam geride bıraktığı ve ne yazık ki bizlerden saklanan izlerle adeta bir başka katliamın habercisi olmuş son olarak çoğu çocuk 57 kişinin öldüğü birçok insanın sakat kaldığı Antep Düğün Katliamı gündemimize düşmüştür.

Ankara Katliamı dosyasının şimdiye kadar gösterdiği en büyük gerçek şu olmuştur: Olay ancak canlı bombaları taşıyan, arka camları kapatılmış aracın arama noktalarından sorunsuz geçişlerine kimler tarafından izin verildiği tespit edildiğinde tam manasıyla aydınlatılabilecektir.

Savcılık makamı, dosyanın sanıklarının Antep'te gizlenme gereği dahi duymadan rahatça dolaşmaları karşısında hiçbir şey yapmamış, teknik takip kayıtlarını istememiş, olayda kullanılan araçların Antep'e geri dönüş ve terk anına kadarki takibini dahi yapmamış araç takip kayıtlarını dosyaya edindirmemiştir

Duruşmadan Kalanlar

Dava duruşması, 10 Ekim anmasına polisin sert müdahalesine rağmen müşteki ailelerinin ve kurumların yoğun katılımıyla başladı.

Türkiye'deki güvenlik alarmına rağmen yurtdışından, Almanya'dan avukatlar Mathias Giese ve Konrad Schäfer, Verdi Sendikası, IG-Metal Sendikası ve Hamburg Barış Forumu temsilcileri, Tunus Parlamentosu'ndan milletvekili Ammar Amroussia ve BM İşkenceyi Önleme Komitesi Üyesi Radia Nasraoui'nin katılımları sağlanmıştır.

On Ekim avukat koordinasyonu olarak, dava dosyasının duruşmasına çok yönlü bir hazırlıkla girilmiş, önlenebilir bir katliamın neden önlenmediği veya önlenmek istenmediği bu davanın en büyük sorusu olmuş ve bu soruyla duruşmaya başlanmıştır.

7-11 Kasım aralığında süren duruşmalara ait 35 sanıklı dosyada sanıkların 15'i tutuklu 4'ü tutuksuz 16'sı ise firaridir. Duruşmalar sonunda tutuksuz 2 sanığın daha tutuklanması kararıyla tutuklu sayısı 17'ye yükselmiştir. Dosyada 13 sanık On Ekim Katliamı'ndan, diğer 22 sanık ise IŞİD üyeliğinden yargılanmaktadır.



Suruç'ta öğretmenlik yapan İzzettin Çevik'in yaralı eşine sarıldığı an. Patlamada Çevik'in kızkardeşi ve kızı hayatını kaybetti. 10 Ekim 2015

Dava Dosyası ve Çapraz Sorgu Neticesi Ortaya Çıkanlar

- Tüm IŞİD dava dosyalarında sanıklar arasında ciddi bağlantılar olduğu, sanıkların birlikte yargılandığı birçok dava dosyalarının varlığı, bu dosyalar arasında El-Kaide'den yargılanmaların da olduğu,
- Sanıkların önemli bir kısmının teknik ve fiziki takipte olmalarına rağmen, kimi zaman tanık kimi zaman sanık sıfatı ile Gaziantep Emniyeti'nde ifadelerinin alınıp bırakıldıkları, On Ekim Katliamı'ndan sonra haklarında yakalama kararı çıkartıldığı,
- Sanıkların genel olarak kod isim kullandıkları, ancak bu kod isimlerinin örgütlendikleri alana aidiyetlerini ifade amacı taşıdığı ve oğullarının ismiyle anıldıkları (örneğin Ebu Talha),
- Diyarbakır, Suruç, Ankara, Antep katliamlarının IŞİD'in Antep örgütlenmesi tarafından yapıldığı, ülke içine dair eylem planlarının genel olarak Antep hücresi tarafından organize edildiği,
- Sanıkların birçoğunun 2012 yılından itibaren Suriye'ye yoğun şekilde ve yasal olmayan yollardan giriş çıkış yaptıkları, giriş çıkışlarda hiç sorun yaşamadıkları, bir şehirden bir şehre geçer gibi geçtikleri,
- Sanıkların, Antep'te katliamdan önce de sonra da hiçbir engelle karşılaşmadan gerçek kimlikleriyle rahatça yaşadıkları, eylemi örgütledikleri hücre evlerini dahi günlere yayarak (15 Ekim 2015 tarihine kadar) temizledikleri,
- Sanıkların gizlenme, saklanma kaygısı taşımadıkları, Antep'i adeta IŞİD şehri gibi gördükleri,
- Sanıkların aileleriyle birlikte maddi olarak iyi koşullarda site rezidans tarzı yerlerde yaşadıkları, sosyal oldukları ve çevrede tanındıkları,
- Sanıkların çoğunun aynı derneklere gidip geldikleri ve bu dernekler (Genç Ensar, Genç Muhavvitler, Ensar-Der, Islah-Der) etrafında örgütlendikleri,
- Sanıkların ilk ifadelerini inkar ettikleri, kendilerine sorgu sırasında 3-4 ayda çıkarsınız vaadinde bulunulduğunu beyan ettikleri,
- Sanıkların büyük kısmının cezaevinde iken, kimliklerini bilmedikleri kişiler tarafından ziyaret edildiklerini beyan ettikleri,
- Sanıkların 5 günlük duruşma süresince uygulanan tüm çapraz sorgu yöntemlerine rağmen soğukkanlılıklarını korudukları,
- Yine birçoğunun kadın avukatların sorularına cevap vermekten ve göz temasından sürekli kaçındıkları,
- Müşteki ve müşteki avukatlarına karşı tehditkar tutumlarına rağmen mahkeme heyetine karşı olumlu ve sorulara cevap veren bir tutum sergiledikleri gözlemlenmiştir.

Göze ve Vicdana Batanlar Perdeyi Aralayacak Olgular

El-Kaide'den IŞİD'e sanıkların örgütsel tablosu açık iken El-Kaide soruşturmalarının derinlikli yapılmadığı, sanıkların bu dosyalardaki yargılamalarda hızlıca tahliye edildikleri anlaşılmıştır.

Patlama sonrası telsiz kayıtlarında, yaralılara yardım, başka bir canlı bomba ihtimaline karşı alan ve insan güvenliğinin sağlanması anonsları yerine polise öncelikli kendi güvenliklerini almaları, kargaşa olursa kalabalığa müdahaleye hazır olmaları anonsları geçilmiştir.

Katliamcı bombacıları taşıyan araca eskortluk eden aracı kullanan sanık 14 Ekim'de gözaltına alınmasına rağmen ifadeleri 15 Ekim tarihinden sonra alınmış, katliamın planlandığı hücre evinin kamera kayıtlarında ise sanıkların söz konusu evi 15 Ekim tarihinde boşalttığı anlaşılmıştır.

Dosyada olayın asli faillerinden üç tanesinin ayrı ayrı operasyon sırasında kendisini patlattığı iddia edilmiş ancak operasyon görüntüleri otopsi ve DNA evrakları dosyaya gönderilmemiştir.



Dosyadaki hücre evi ve depolara ait görüntü kayıtlarında, X1, X2, X3... diye kodlanan kişilerin yüzleri görünmekte ancak nedense kimlik tespitlerinin yapılamadığı ifade edilmektedir.

Soruşturma, İçişleri Bakanlığı Mülkiye Müfettiş raporunda olayda ihmali olduğu gerekçesiyle haklarında soruşturma yapılması istenen kamu görevlileri tarafından yürütülmüştür.

- Beyanlarıyla birkaç sanığın yakalanmasını sağlayan, ancak duruşmada ilk ifadelerini reddeden Yakup Şahin'in ifadesinde "Polisler bana eline sağlık birkaç da çocuk ölmüş ama önemli değil deyip güldüler. Benimle selfie çektirdiler" beyanı,
- Katliamı organize edenlerden olan ve iddiaya göre bir operasyon sırasında kendini patlatan Halil İbrahim Durgun'un bombacıları taşıdığı araçla, katliam sonrası aynı yoldan hiçbir sorun yaşamadan aynı duraklarda durarak Antep'e dönmüş olması ve aynı plakalı araçla Antep'te günlerce dolaşması,
- Sanıkların birçoğunun katliamdan çok önceki tarihlerden itibaren teknik ve fiziki takipte oldukları,
- Tutuklu sanıklardan birisinin olaya dair ifade vermek için gittiği Antep Emniyeti'ne yanında kendi kimliği, bir sahte kimlik ve 27 cm. uzunluğunda bir bıçakla girecek kadar kendisini rahat hissetmesi,
- Yine tutuklu sanıklardan birisinin kimliğinin, olaydan çok önce bomba yapım malzemeleri de bulunan bir çanta içinde çıkmasına rağmen ifadesi alınıp serbest bırakılması,
- Yine dosyamız firari sanıkları ile 02.05.2016 Antep karakol saldırısının sanıklarının, 2014 yılında bir aramada araçlarında IŞİD'e ait dokümanlar ve infaz görüntülerinin yer aldığı hard diskle yakalanmalarına rağmen Antep'teki bir yargılamada kısa bir süre tutuklu kaldıktan sonra 30.10.2015 tarihinde tahliye edilmeleri gözümüze batan ve hiç de küçük olmayan kıymıklardır.

İçişleri Bakanlığı Mülkiye Başmüfettişliği tarafından yapı-



Mağdur aileleleri duruşma sonrası açıklama yaptı. Ankara Adliyesi'nde görülen dava, 6-10 Şubat 2016 tarihleri arasında devam edecek.



"Ankara Katliamı" fotoğraf sergisi, 10-22 Ekim 2016.

lan "Ön inceleme" sonrasında hazırlanan rapor içeriğinde; 17.11.2015 tarih 5754/18 sayılı yazısına Gaziantep Emniyet Müdürlüğü tarafından verilen 18.12.2015 tarihli cevabı yazıda katliam sanıklarından Yakup Şahin, Deniz Büyükçelebi, Müslüm Bizet, Yunus Durmaz, İlhami Balı ve de canlı bomba Yunus Emre Alagöz'ün teknik takipte olduğu bildirilmiştir. Benzer şekilde, Gaziantep Emniyet Müdürlüğü 15 Temmuz 2015'te 21 ilin emniyet müdürlüğüne yazı yazarak Yunus Durmaz'ın Gaziantep'te olduğunu ve Gaziantep sorumlusu olarak eylem planladığını belirttiği halde, MİT ilginç biçimde 13 Temmuz 2015'de Emniyet Genel Müdürlüğü'ne yazı yazarak Yunus Durmaz'ın Suriye'de olduğunu bildirmiştir.

Katliamdaki canlı bomba Yunus Emre Alagöz takip altında olmasına rağmen katliamdan bir gün önce Antep'teki hücre evine yine takip altında olan sanıklarla birlikte giriş yapmakta, sanıklar apartmanın kamera sisteminden dahi rahatsız olmayacak kadar büyük bir rahatlık içinde hareket etmektedirler.

Diyarbakır HDP Mitingi katliamı dosyası sanıklarından İsmail Korkmaz duruşmadaki ifadesinde İlhami Balı'yı tanıdığını belirtmiş, kendisiyle birçok kez görüştüğünü ifade etmiştir. İlhami Balı 2014 yılında Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesi kararıyla hakkında iletişim tespiti kararı olan bir kişidir. Balı 2014'ten beri izlenmekte, dinlenmekte ancak bir türlü yakalan(a)mamaktadır.

Tunceli Emniyet Müdürlüğü'nün 17 Eylül'de IŞİD'in bir mitingi canlı bombayla hedef alabileceği yönündeki bilgiyi yazılı olarak Emniyet Genel Müdürlüğü'ne ve 81 ilin emniyet müdürlüğüne bildirdiği, yine MİT'in Suriye'deki istihbarat çalışmalarına dayalı olarak 29 Eylül ve 7 Ekim 2015 tarihlerinde IŞİD bağlantılı canlı bomba eylemi veya bombalı eylem yapılacağı bilgisini güvenlik birimleriyle paylaştığı ortaya çıkan bilgiler arasındayken ve yine Suruç'ta yaşanan olaylar sonrasında CHP tarafından 09 Ağustos 2015 tarihinde açıklanan, bir örneği Davutoğlu'na gönderilen IŞİD raporunda bombacıların isim veya rumuzları dahi listede yer alıyorken savcılık tarafından hiçbir işlem yapılmamış, ifadeye dahi çağrılmamış katliama giden yollar açık tutulmuştur.

Yakup Şahin: "Polisler bana eline sağlık birkaç da çocuk ölmüş ama önemli değil deyip güldüler. Benimle selfie çektirdiler"

Mülkiye müfettiş raporunda olayda kastın olabileceği ancak kamu görevlileri açısından en azından ihmalin soruşturulması gerektiği belirtilmesine rağmen, katliamda sorumluluğu bulunan kamu görevlilerinin soruşturulması hakkındaki tüm dilekçe ve taleplerimiz yargıdan soruşturma izni verilmemesi kararıyla sonuçlanmıştır. Buna dair yapılan Anayasa Mahkemesi başvurusu ise hala sonuçlanmamıştır.

Biz avukatlara kalan ise sadece (onurla-gururla yaptığımız) ölü ve yaralılarımızı toplamak, tespit etmek, bir türlü bulamadığımız eşyalarının peşine düşmek değildir tabii ki. Asıl işimiz, faillerin önemli bir kısmının gizlenmesi sonucunu doğuran savcılık soruşturmasının karşısına, ısrar ve inatla, katledilenlerin savunmanlarının yürüttüğü bir soruşturma ve kovuşturma süreci yürütmek olacaktır.

Belki şimdilik heybelerinden dökülen veya dökülmesine izin verilen taşları izleyeceğiz ama o taşların bizi götüreceği yerin adalet ve gerçek olması umuduyla...

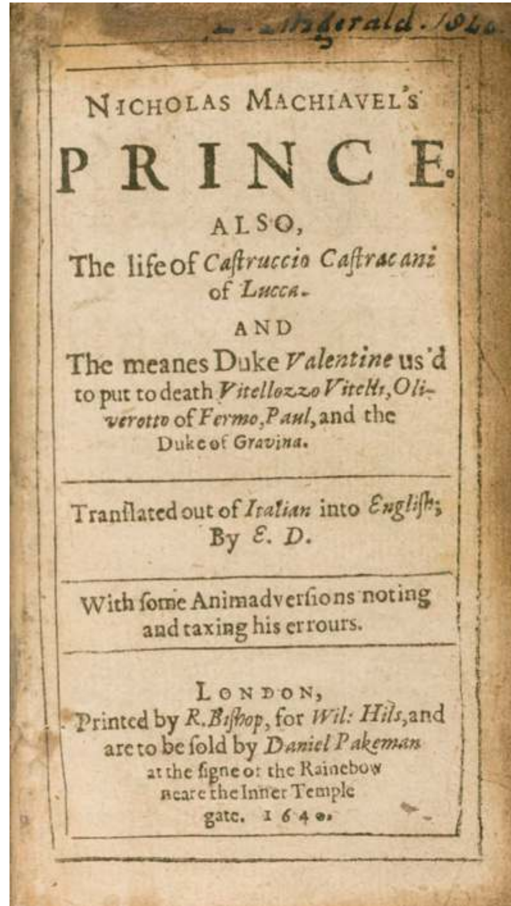
Tüm katledilenler ve geriden kalanlara...

Yasa Gücü ve Anlam Borcu

Adalet, güçlünün istediğine el koyarken bu arzusunu Yasa Gücü'ne dönüştürmesinden başka şey değildir

Cemal Bâli Akal

Machiavelli Hükümdar'ına "ne istersen yapabilirsin" dediği anda skolastik büyü bozulur. Modernite öncesinde, istediğini yapabilecek tek gücün aşkın kaynaktaki yasa yaratıcı olduğu düşünülürdü. Onun her şeyi belirlediği bir dünyada hiçbir yönetici özerkliğini savunamaz, yöneticinin eyleminin iyiliği ya da kötülüğü aşkın yasaya uygun olup olmamasına göre değerlendirilirdi. İyilik ya da kötülük konusunda yasanın ne söylediği üstüne hep tartışma çıkar ve farklı yorumlar yapılırdı ama bu önemli değildi. Önemli olan dünyevi yöneticiyle aşkın irade arasında ya da skolastik meşruiyet ilişkisinin bu iki tarafı arasında eylemi şu ya da bu biçimde anlamlandıran hiyerarşik bir bağ kurma zorunluluğuydu. Her durumda da yöneticinin anlamını aşkın bir odakta, sonsuz bir Hakikat'te arayan dünyevi eylemi, aslolan karşısında, ikincil, önemsiz, geçici, hatta kirliydi. Tam da bu nedenle, Machiavelli'nin verdiği kötü siyaset dersleriyle siyaseti itibarsızlaştırdığı iddiası geçersizdir. O, modernitenin başında yöneticiyle kutsal odak arasındaki meşruiyet bağını keserek, öteki dünyayla bu dünya arasındaki hiyerarşik ilişkiyi yok ederek siyaseti bağımsızlaştırır ve sanılanın tersine ona itibar kazandırır. Hükümdar'ı engelleyen ve Machiavelli'yi de aşırı pervasız bir özgür iradeci sayılmaktan alıkoyan Fortuna (Talih) bir yana bırakılırsa, dünyevi düzlemde iradesiyle kendi kaderini ve toplumunun geleceğini belirlediği düşünülen modern insan ya da birey ortaya çıkmaktadır. Yasa yaratıcı kutsallıktan yasa yaratıcı dünyeviliğe, modernite öncesinden moderniteye, her şeyi yapabilen tek güç olarak aşkın iradeden dünyevi düzlemde her şeyi yapabilecek yeni bir iradeye geçilmektedir: Önce Hükümdar'ın, sonra devletin, sonra da ulusun iradesi. Ama Machiavelli'yi bu yolda eksiksiz bir modern sayanlar, onu hep Suárez, Hobbes gibi modern kuramcılardan geriye giderek değerlendirirler. Böyle okunmadığında ise Machiavelli'nin ne tam anlamıyla modern ne de kuramcı olduğu, bu sıfır noktası düşünürünün eksiklikleriyle büyüdüğü görülür. Skolastik meşruiyet ilişkisinin yerini alacak yeni meşruiyet ilişkisinin egemenlik ve sözleşme kuramıyla henüz oluşturulmadığı bir anda, eski dünyayı geride bırakırken yenisini düşünemez. "Ne istersen yapabilirsin" derken dünyevi bir Tanrı'ya dönüştürdüğü Hükümdar'a ona uygun yeni meşruiyet kaynağını aramaz. Bu yoklukta, meşruiyet bağıyla birlikte "bir" hukukun da sona erdiği yerde, feodalitenin sözde sonsuz Hakikat'i, onu gizleyebilecek örtülerinden sıyrılır ve güç tüm çıplaklığıyla ortaya çıkar. Meşru şiddet meşru olmayan şiddet ayrımı ortadan kalkar ve şiddet, her türlü değeri ve ilkeyi anlamsızlaştırarak, yalnızca onu uygulayanın enerjisine göre artan ya da azalan bir şey olur: Ahlâk dışı gerçeğin ta kendisi ya da her türlü hükümdarlığın kendinden menkul gücü.


NICHOLAS MACHIAVEL'S
PRINCE.
ALSO,
The life of *Caſtruccio Caſtracani* of *Lucca*.
AND
The meanes Duke *Valentine* us'd to put to death *Vitellozzo Vitelli*, *Oliverotto* of *Fermo*, *Paul*, and the Duke of *Gravina*.
Tranſlated out of *Italian* into *Engliſh*; By *E. D.*
With ſome Animadverſions noting and taxing his errours.
LONDON,
Printed by *R. Biſhop*, for *Wil: Hils*, and are to be ſold by *Daniel Pakeman* at the ſigne of the Rainebow neare the Inner Temple gate. 1640.

Modernite öncesinde, aşkın odaklarda meşruiyet arayan ikici geleneksel anlayışa aykırı istisnalar yok değildi. Hâkim düşünce karşısındaki bu istisnalardan bazıları içkinlikçi oldukları ölçüde birciydiler; yaklaşımın radikal örneklerinden birini panteist Giordano Bruno vermişti. Machiavelli ise, düşüncesindeki belirgin bir içkincilikten söz edilemese bile, meşruiyetsiz güç tanımıyla modern düşüncenin başlangıcındaki ama aynı zamanda dışındaki birci bir istisnaya dönüşecekti. Sık sık değinilen Yalnızlık'ının nedeni de buydu: Modernite öncesiyle modernite arasındaki bir geçiş anında kalması ve tam da öneminin onu her devrin eleştiricisi kılan bu konumundan kaynaklanması.

Modernite, Machiavelli'den sonra kendi meşruiyet bağını kurmakta gecikmedi: Gerçek dünyada Machiavelli'nin işaret ettiği güç kullanımı ya da şiddet aynı kalsa da Hükümdar'dan devlete, ondan ulusa aşamalı kuramsal geçişlerle (Bodin, Suárez, Hobbes, vb.), ikici-iradeci-amaçsal nehir, gücü bu kez farklı biçimde perdelemeye yönelerek, kendi sözde sonsuz Hakikat'ini oluştura-

rak yeni yatağında ilerlemeye devam etti. Tabii bu sürecin de Machiavelli'yi izleyen başka istisnai düşünürleri çıktı: İradecilik karşıtı zorunluluk filozofları. Bir zorunluluk filozofu olamayacak eylem adamı Luther'in ise Machiavelli'nin Hükümdar'ının en iyi örneklerinden biri olduğunu düşünüyorum; üstelik modernitenin de Machiavelli'nin asla olamayacağı kadar iyi temsilcilerinden biri: Machiavelli gücü ifşa ederken olsa olsa bu temsilcilere –Robespierre, Hitler, Stalin, vb.– özgü mantığı sergilemiş olabilir. Salt modernlerin değil, Machiavelli'ye tarih okumasında siyaset dersleri veren tüm hükümdarların, fazla yetenek, bilgi ve zekâ da gerektirmeyen, bıktırıcı bir sıradanlık sunabilen ama mutlaka kıyıcı olan yönetim mantığı.

Kutsal Kitap'ı Almancaya çeviren Luther'in Katolik Kilise'nin gücünü bu yolla da azaltmaya çalıştığı bilinir. Latincenin –Kutsal Kitap önce Latince yazılmadığına göre icat edilmiş kutsal dil olarak– bertaraf edilmesi, Katolik Kilise'ye kaybettirdiği çeşitli yararlar bir yana, Tanrı'nın sözcüsü olma sıfatını da kaybettirecekti. Sadece Latince bilenlerin yorumlayabileceği Kutsal Kitap, Katolik kulların, selametle öteki dünyaya gidebilmek için bu dünyada ne yapacaklarını anlatıyordu. Ve hepsi için, Katolik Kilise'nin başındaki insanın ya da "Tanrı'nın ağzı"nın yorumladığı bu yasalar dizgesi genel nitelik taşıyordu. Yasayı, genelliği ve gayri şahsiliği yasa yaptığından, Kutsal Kitap bu niteliğiyle, herkese geçerli davranış kurallarını öğreten Yasa kitabıydı. Luther ise kitabı Almancaya çevirip kitlelere sunarken, kimsenin onlara artık nasıl bağışlanacaklarını söyleyemeyeceğini bildirdi. İnsan bunu yalnızca Tanrı katında öğrenebilirdi. Bu dünyada ise herkese genel kuralları açıklayabilecek bunun için Tanrı Yasa'sını yorumlayabilecek bir güç yoktu. Protestan kul Kutsal Kitap'ıyla başbaşa kalmış, inanç bütünüyle içselleşmiş, atomlarına ayrılıp her tekil varlıkla farklılaşmıştı. Herkesin ayrı ayrı okuduğu bir kitaptan aynı sonuçları çıkaramayacağı açıktı. Kişinin eğitimine, mizacına, içinde yaşadığı koşullara göre yaklaştığı Kutsal Kitap, bir üst yorumcunun yokluğunda, her yasa kitabının zorunlulukla taşıyacağı genelliği ve gayri şahsiliği kaybederek yasa kitabı olmaktan çıkmıştı. Bu durumda inanç açısından tek başına kalan insanın, genel kurallar yokluğunda nasıl davranacağını bilemeyeceği açıktı. Luther, Kutsal Kitap'ın artık yol gösteremediği bir dünyada, yeni yasa yaratıcıyı ve onun bağımsız iradesini işaret edecekti. Protestan kul Tanrı'nın uzaklaştığı dünyevi alanda Hükümdar'a sonsuz itaat borçlu olacaktı. Üstelik Hükümdar'ın bağımsız iradesi ve eylemi ne olursa olsun, onun Tanrı'nın istemeyeceği bir şey yapabileceği varsayılsa da bu itaat, kulu günahkâr yapmayacaktı. Hükümdar'ı itiraz edilemez ölümlü bir Tanrı'ya dönüştüren Protestan etiği yeni bir dünyaya ya da moderniteye, onun yeni hâkim sınıfına, ekonomik, siyasi ve hukuki yönetimine, ulus devletine, laisizmine, vb. denk düşüyordu.

Etik demek bir yanıyla gerçek güç ilişkilerinin perdelenmesi de demektir; her etik az ya da çok muhafazakâr, ifade özgürlüğünün hasmı ve çifte anlamda sansürcü olabilir

Etik demek bir yanıyla gerçek güç ilişkilerinin perdelenmesi de demektir; her etik az ya da çok muhafazakâr, ifade özgürlüğünün hasmı ve çifte anlamda sansürcü olabilir: Bir yandan sözde sonsuz Hakikat'inin ardında kendini gizlemeye, öte yandan bu Hakikat'i ifşa edeni engellemeye yönelebilir.

Nietzsche de modern etiği –ya da ahlâkı– ifşa eden hukuk tanımıyla, özellikle de Ahlâkın Soykütüğü'yle Machiavelli'yi hatırlar ve hatırlatır. Machiavelli herhangi bir meşruiyet fikrinin dışında kaldığından ne modernite öncesine ne de moderniteye oturtulabiliyordu. Nietzsche ise modernitenin içinde onun hâkim sınıfına, devlet ve ulus fikrine, aydınlanma zihniyetine, askeri teşkilatına, hukuk sistemine saldırarak modernitenin dışına çıkar. Kendinden menkul çıplak gücü, modernite öncesine, hatta belirsiz bir Antik Çağ soyluluğuna, bazen Sokrates öncesine kadar geri dönerek över. Germen kavimlerin kurucu atalarını da hatırlatan bu zaman dışı dönem, güçleriyle kendi yasalarını yaratan ve diğerlerini boyunduruk altına alan efendilerin dönemidir: Dürüstçe, yalana başvurmadan, mazeret aramadan, sahte bir meşruiyet ardında şu ya da bu kutsallığa gönderme yapmadan, sözde sonsuz bir Hakikat uydurmadan, yalnızca güçlü oldukları ve sınırsız güç kullanmaktan da çekinmedikleri için şiddet uygulayanların "mitik" dönemi.

Kölelere hâkim olmak Nietzsche'de hukukun yaratıcısı olmaktır. Hukuk güçle tanımlanınca adalet tabii hukukçuluğa uygun anlamını kaybeder. Artık nerede "adaletin sağlandığı, adaletin hâkim olduğu" iddia ediliyorsa, orada zayıf ve bağımlı güçler karşısında istediğini zorla elde etmiş bir güç vardır. Ya da adalet güçlünün istediğine el koyarken bu arzusunu Yasa Gücü'ne dönüştürmesinden başka şey değildir. Adaleti yasanın önüne yerleştiren tabii hukukçu savın tersine, bir adaletten söz edilebilmesi, adil olanla olmayanın ayrılabilmesi için, önce hâkim olma arzusuna denk düşen bir yasa varolmalıdır. Öyleyse yasa iyiye, doğruya, bir ahlâka, vb. uygun olan değil, onları yaratandır. Kendiliğinden bir Adalet'ten ya da Adaletsizlik'ten söz edilemez, çünkü hem bunlar yasaya bağlıdır hem de bu yasa en azından onda istikrar kazanabilecekleri aşkın bir nitelik taşımaz. Yasa Gücü kavramı bizzat yasanın gücünden çok, böyle bir güce sahip olduğu düşünülen şeyi anlatır; Nietzsche'de ise yasanın kendinden menkul bir gücü olamayacağından, ona Yasa Gücü kazandıran şey bir "amacı olmayan" dünyevi hâkimiyettir: "Hukukun kaynakları hakkındaki tarih"i "hukukta amaç" kıstasıyla araştırmaktan daha hatalı bir şey olamaz. Amaç demek idealizm demektir ve Nietzsche şimdilik orada değildir. Değerlerin varlığını yasaya, yasayı da onu yasa yapan güce bağladıktan sonra, bir şeyin başlangıç nedeniyle onun nihai amacı arasında kurulmuş meşruiyet bağını koparır. Yasaya Yasa Gücü kazandıran hâkimiyet hukukun nedenidir, ama hukukun varmak istediği iddia edilebilecek herhangi bir amaçla bu neden arasında ilişki kurulamaz. Bu tür bir ilişkiyle ilk nedene bağlanacak amaç her durumda sonradan yaratılmış bir Hakikat'tir. Nedeni güç olan hukukun bir insanın, bir topluluğun, bir kurumun yararına yönelik olduğu iddiası, gözün görmek, elin tutmak için yaratıldığına ilişkin iddiaya benzer. Hukukta amaç, yarar diye adlandırılan şeyler güçlünün iradesiyle el koyduğu şeye kazandırdırdığı sözde işlevci bir "anlam"a işaret edebilir. Ancak, öncel olarak işlev ve yararla hiçbir şey açıklanamaz ve Nietzsche'yle, hukuk tanımında her türlü işlevci/yararcı yaklaşımın sonuna varılır. Hukuku hukuk, yasayı yasa yapan şey gücün hâkimiyeti olsa da bu gücün bir amaca yönelik olmaması, istikrar açısından yasayı ve hukuku

Onun her şeyi belirlediği bir dünyada hiçbir yönetici özerkliğini savunamaz

belirsizliğe sürükleyecektir. Bir "şey"in, bir uygulamanın tarihi, Nietzsche'de, hep yenilenen yorumlardan ve düzenlemelerden oluşmuş aralıksız bir zincir oluşturur. Bunların nedenleri birbirleriyle ilişkili olmayabilir ve bazı durumlarda rastlantıyla birbirlerinin yerlerini alır ya da birbirlerini izlerler. Hukuku olduğu kadar, güç ilişkilerini de bu erken Foucaultcu dille, olası tüm aşkın anlamlardan arındırarak düşünen, hatta suç ile ceza arasında kurulan ve tartışılması mümkün gibi görünmeyen bir bağı bile "neden suçun karşılığı ceza olsun?" diyerek sorgulayan ve bu bağlantıda gerçek hiçbir anlam bulunmadığını söyleyen Nietzsche, tabii hukukçuların kafalarında kurdukları yapıyı söker.

Buraya kadar idealist olmayan Nietzscheci hukuk tanımının, yukarıdakilere eklenen tek ama çok önemli ve de Nietzsche'yi Nietzsche yaparken düşüncesini de sınırlayan bir unsurla, iradeci safa yerleştiğini belirteyim: Nietzsche modern iradeci pozitivist söylemin karşısına moderniteyi eleştiren bir iradeci olarak dikilmiş, her şeyin yaratıcısı olan aşkınlaştırılmamış hayatın sonsuz değişkenliği içinde, Güç'ü yasa yaratıcı irade diye sunmuştur. Yine de irade deyince akla hemen amacın geleceğini bildiğinden, insan iradesinin olumsuz özelliklerinden birinin horror vacui olduğunu söyleyerek önlemini alır: Ona bir amaç gerektiren ve insanda çileci idealin yarattığı boşluk korkusu. Oysa güçlünün yasa yaratıcı iradesi böyle bir amacı olmayan, buna yönelik bir Hakikat yaratmayan, Machiavellici anlamda meşruiyetsiz bir iradedir. Hâkim olanın sınırsız hâkim olma iradesi ve belki de yasayı yasa yapan bilinçli bir ataerkil irade.[1]

Nietzsche, Anlam Borcu ve Yasa Gücü gibi, siyasi-hukuki-felsefi literatürde çok kullanılan birçok kavramın asıl yaratıcısıdır:

Anlam Borcu'nu başlangıç toplumlarında insanları kurucu atalara, daha doğrusu yasalarına itaate yönelten hukuki-dinî bir zorunlulukla açıklar; hem hukukla din olgularına antropolojik ve –Spinoza'yı, Durkheim'ı hatırlatan– yapısökümcü bir yaklaşımın örneğini verir, hem de günümüz düşüncesini belirlemeyi sürdürür. Anlam Borcu, sosyal başlangıçtan beri insanın var olmasını sağladıklarını düşündüğü ve karşılığını da kurban törenleri, ayinler, tapınakların inşası, her türlü yüceltme türünden çeşitli uygulamalarla ödemek zorunda olduğuna inandığı atalara, tanrılara, Tanrı'ya karşı, kaygının da eşlik ettiği borç duygusudur: Nietzsche'ye göre inanç denen şeyin özü, ama aynı zamanda yaratılmış sözde Hakikat olarak hukuk diye sunulan şey. İlk iki yasadan birinin, kurban törenlerinin de başlangıcı olan, totem hayvanı rastgele yeme yasağı olduğu unutulmamalı. Gauchet "Anlam Borcu ve Devletin Kökenleri"nde[2] Nietzsche'den söz etmeden onu tekrarlar; küçük bir farkla, Anlam Borcu'na Nietzsche'nin getirdiği şu olumsuz yorumu getirmez: Nietzsche modernite eleştirisinde Antik Yunan'a, özellikle Sokrates öncesine yaptığı "sonsuz dönüş"lerinde –nereye döndüğü belirsizdir–, Yunanlılar'ın bu "vicdani borç" yükünü üstlerinden atabildiklerini anlatacaktır. Gelecekte de iradeyi her türlü inançtan bağımsızlaştırarak özgürleştirecek bir kurtarıcının dünyaya amacını, insana umudunu yeniden kazandıracağını müjdeleyecektir.[3] Bir kez daha, amaç sözü aldatıcı olmasın, Nietzsche yeni bir sözde Hakikat'ten değil, hâkim olanın iradesinin her türlü aşkın değerden bağımsız bir Yasa Gücü'ne dönüşeceğinden söz etmektedir.

Burada Derrida'nın Yasa Gücü'nden de söz edilmeli. Kitabın altbaşlığı Otoritenin Mistik Temeli'dir. "Hukukun ya da yasanın mistik temeli" de denebilir ve Derrida'nın hukuku Nietzsche'ye yakışır bir yapısöküme uğrattığı -"hukuk yapısöküme uğratılabilir"[4] der- düşünülebilirdi; Machiavelli, Spinoza, Lévi-Strauss, vb. bunu yapmamış olsalardı. Kitapta Montaigne'e, Pascal'e, Kant'a, Benjamin'e, Heidegger'e, Lévinas'a, hatta hukuk kuramcılarından tabii hukukçu Rawls'a ve pozitivist Hart'a göndermeler var. Montaigne'in ve Kant'ın hukuk üstüne söylediklerini, dönemleri açısından ayrı bir yere koyuyorum. Derrida da "otoritenin mistik temeli" deyiminin Montaigne'e ait olduğunu söylüyor; dört yüzyılı aşkın bir süre önce "hukukumuz adaletinin Hakikat'ini yasal kurgular üstüne inşa ediyor" diyen de Montaigne. Ayrıca, Yasa Gücü'nde anlatılana göre, adalet ne hukuk ne de yasaysa, o hukukun adaletine ya da hukukta adalete dönüşebilmek için daha ilk andan itibaren gücü çağırmak zorundaysa, her şey hep güçle başlıyorsa, otoritenin kökeni, yasanın koyuluşu eninde sonunda dönüp kendilerine dayanıyorlarsa, sonuçta temelsiz bir şiddetten başka şey değillerse, kurucu anlarında ne yasadışı ne de yasal sayılabileceklerse[5], Derrida'nın bu yapısökümünde ağırlıklı yeri Nietzsche almalıydı. Kaldı ki yalnızca Nietzsche'nin değil, Montaigne ve Kant'ın da kanıtladıkları gibi, hukukun tanımında güce belirleyici bir ağırlık veren düşünce hiç de yeni değildir. Villey onu Augustinus'a ve 4. Yüzyıla kadar geri götürür.

Nietzsche'nin iyi okuduğu Sade'ın da anılmasında ve hukuk görüşünün değerlendirilmesinde yarar var. Nietzsche'nin belli bir amacı reddeden, ama iradeci olduğu için bu kez -üst insana ve iradesine özgü- belirsiz bir amaca yönelerek idealizme kayan hukuk ve yasa tanımı karşısında, onları "her şeyin başlangıcı olan güç"e gönderirken bağımsız iradeyi reddeden Sade'ın tanımını daha tutarlı buluyorum.[6]

Spinoza da hukukun mistik temellerini ifşa ederken her türlü iradeciliğe uzak durur. Burada, onun hukuk ve hak kuramına girmeden, -Nietzsche gibi- Machiavelli'den etkilenen, tabii hukuk ve tabii yasa savlarına inanmadığını söyleyen, hukuku değil hukukları düşünen bir Spinoza'yı, Nietzsche'nin dünyasının şiddetinden koparan nedir?[7] diye sorulabilir. İki düşünür arasındaki farklılığı belirleyen çeşitli yaklaşımların her biri araştırmaya değer olacaktır. Yine de temel farkın, düşüncelerini kökten ayıran biçimde, Spinoza'nın iradeci olmadığı ölçüde barışçı, Nietzsche'nin ise iradeci olduğu ölçüde çatışmacı hukuk tanımları olduğunu düşünüyorum. Aynı karşıtlık Kelsen ve Schmitt'te de bulunabilir.

1. Nietzsche, La généalogie de la morale, çev. Henri Albert, Mercure de France, Paris 1914, s. 119-125, 128, 145-149, 164.
2. Gauchet, "La dette du sens et les racines de l'Etat", Libre 2, Payot, Paris 1977.
3. Nietzsche, La généalogie de la morale, s. 155, 160.
4. Derrida, Force de loi. Le "fondement mystique de l'autorité", Galilée, Paris 2005, s. 34.
5. Derrida, Force de loi. Le "fondement mystique de l'autorité", s. 29, 30, 26.
6. Akal, "Ahlâk ya da Giyotin", Hukuk ya da Kukla Tiyatrosu, Dost, Ankara 2014, s. 111-120; "Yasa ve Aşk", Güncel Hukuk, Mayıs sayısı, İstanbul 2016.
7. Akal, Varolma Direnci ve Özerklik, Dost, Ankara 2016, s. 32-52.

NE O
KADAR CİDDİ
NE O
KADAR SULU
NE O ?

Bankalar Tarafından Uygulanan Kartel Faizi ve Tazminat Davası

Söz konusu 12 bankanın uyumlu eylem içerisinde bulunduğu da e-postalar, iç yazışmalar, masaüstü notlar, üst düzey yöneticiler arasındaki toplantılar, görüşmeler gibi her türlü delil değerlendirilerek tespit edilmiştir

Ceyda Bolay

Rekabet Kurulu tarafından 8 Mart 2013 tarihinde kredi ve kredi kartı konularında birlikte fiyat tespit etmek amacıyla kartel oluşturduğu gerekçesiyle 12 bankanın geçirdiği soruşturma sonucunda bu bankalara toplam 1.1 milyar TL idari para cezası kesilmiştir. Buna göre kararda adı geçen 12 banka uyumlu eylem içerisinde bulunarak 2007-2011 yılları arasında çekilen krediler ve kredi kartlarına olağandan yüksek faiz, mevduatlara ise olağandan düşük faiz uygulamıştır. Böylelikle bu bankalar haksız kazanç elde ederken, banka müşterileri de zarara uğratılmıştır. Söz konusu idari para cezasının iptali talebiyle açılan dava öncelikle Ankara 2. İdare Mahkemesinin 25.12.2014 tarih 2014/119 E. 2014/1580 K. sayılı kararı ile reddedilmiştir. Davacı bankaların temyiz talebi ise Danıştay 13. Dairesinin tesis ettiği 16.12.2015 tarih 2015/2445 E. 2015/4605 K. sayılı karar uyarınca 12 bankanın faiz oranlarını ve ücretleri birlikte belirlemek üzere rekabeti sınırlayıcı eylemlerde bulundukları gerekçesiyle reddedilmiş ve ilk derece mahkemesi kararının onanmasına karar verilmiştir. Böylece 2007-2011 yılları arası kredi kullanan banka müşterilerine kartel faizi nedeniyle uğradıkları zararın üç katına kadar tazminat talep etmenin yolu açılmıştır. Ancak uğranılan zararın nasıl hesaplanacağı veya bir maddi zararın var olup olmadığı hususunda konunun detaylı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Rekabet Kurulu Kararları

Söz konusu Rekabet Kurulu kararına konu soruşturma Türkiye'de faaliyet gösteren 12 bankanın mevduat, kredi ve kredi kartı hizmetleri konusunda anlaşma ve/veya uyumlu eylem içerisinde bulunmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri iddiasını konu edinmektedir. Bu çerçevede, soruşturma sürecinde ilgili teşebbüslerin (kamu ve özel) mevduat, kredi ve kredi kartı hizmetlerine yönelik olarak uzlaşma içerisinde olduklarını ortaya koyan deliller incelenmiştir. Rekabetin ihlal edildiğine dair tespit edilen tarih aralığı ise (21.08.2007 ve 22.09.2011) ilk ve son delil tarihine göre belirlenmiştir.

Söz konusu delillere göre Kurul, 12 bankanın çeşitli bankacılık hizmetlerine yönelik uygulanan faiz oranlarını ve ücretleri birlikte belirlemek üzere rekabeti sınırlayıcı nitelikte eylemlerde bulunduklarını tespit etmiştir. Bu eylemler mevduat (kamu bankaları açısından kamu mevduatı da dahil olmak üzere), kredi ve kredi kartı hizmetleri hakkındadır. Buna göre bankalar belirtilen tarihler arasında ortak fiyat stratejisi belirleme hususunda ortak bir eylem içerisindedirler.

İlk olarak söz konusu bankalardan 7'si tarafından kredi ve mevduat hizmetlerine yönelik fiyat hakkında bir uzlaşmanın tesis edildiği ve belirtilen uzlaşmanın, elde edilen ilk belge esas alınarak, 21.08.2007 tarihinden itibaren uygulanmaya başlandığı tespit edilmiştir. Daha sonraki belgelerden ise bu bankaların uzlaşmayı 2008 yılının Haziran ayında ve sonrasında uygulanmaya devam ettiği anlaşılmıştır. Daha sonra 10.06.2010 tarihi itibariyle 5 bankanın daha belirli hizmet türleri bakımından söz konusu uzlaşmaya dahil olduklarına kanaat getirilmiştir. Buna göre yapılan mutabakatların taraf sayısı değişkenlik arz etmekle birlikte, bahse konu 12 bankanın önemli bir bölümünün söz konusu mutabakatların çoğunluğuna düzenli olarak iştirak ettiği tespit edilmiştir. Tüm bu incelemeler neticesinde mevduat, kredi ve kredi kartı hizmetlerine yönelik fiyat tespit etmek amacıyla bir uzlaşma tesis ettikleri ve bu uzlaşma kapsamında gerçekleştirdikleri ve anlaşma ve/veya uyumlu eylem olarak değerlendirilen iletişim ve uygulamalar vasıtasıyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri kanaatine varılmıştır.



Kararda "... Daha önce de belirtildiği üzere, söz konusu eylemlerin tek bir uzlaşma kapsamında değerlendirilmesi sebebiyle, soruşturmaya esas teşkil eden her bir delilin ihlalin bütün unsurlarına ilişkin bilgi içermesi yahut her bir delilin ispat gücünün eşdeğer olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Zira teşebbüsler arasında gerçekleşen her bir iletişim nihai tahlilde ortak planın unsurlarının oluşturulması ve uzlaşmanın sürdürülmesi amacına hizmet ettiğinden, ihlale ilişkin ispat standardı bakımından önem arz eden husus, delillerin bir bütün olarak değerlendirilmesi ile ortaya çıkan sonuçtur." ifadesine yer verilmiştir.[1] Buna göre belirtilen tarih aralığında (2007-2011) soruşturmaya konu tüm bankaların söz konusu uyumlu eylem içeri-

sinde bulunduklarının kabulü gerektiği anlaşılmaktadır.

Rekabet Kurulu karar gerekçesinde topladığı delillere göre dönemlik kredi türleri için baz puanlar kabul etmiştir. Buna göre konut, ihtiyaç ve taşıt kredileri için artış miktarları değerlendirmeye alınmış ve bu artış miktarlarına göre baz puanlar tespit edilmiştir. Örneğin kararda yer alan Tablo-16'nın değerlendirme gerekçesinde konut kredileri için artış miktarlarının birbirine eşit ve 15 baz puan olduğu belirlenmiştir. Yine kararda benzer şekilde ihtiyaç ve taşıt kredileri için de baz puanlar belirlenmiştir. Ancak örneğin, konut kredisine yönelik yapılan açıklamalara bakıldığında, soruşturma geçiren tüm bankaların bu artışa uymadığı, artışların ortak olduğu dönemlerin sabit olmadığı, örneğin Tablo-16'nın yalnızca 2008 yılına ait olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu husus ise açılacak bir tazminat davasında zararın nasıl hesaplanacağı yönünde tereddütler oluşturmaktadır.

Bu açıdan öncelikle her uyumlu eylemin maddi zararın varlığı için bir karine teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle, uyumlu eylemin varlığı ve bu sebepten ötürü teşebbüslere ceza kesilmesi, bir maddi zararın varlığı için karine midir?

Uyumlu eylem, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı kararında şu şekilde tanımlanmaktadır: "Teşebbüsler arasında anlaşma aşamasına gelmeyen, rekabetin risklerine karşı bilinçli olarak ikame edilmiş, büyüklüğü ve yapısı kadar teşebbüslerin sayısı, önemi ve ürün tipi bakımından pazarın normal şartlarına uygun olmayan, rekabet şartlarına yol açan, pratik işbirliği doğuran bir koordinasyon şeklidir"[2]

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların yanı sıra bu tip rekabeti sınırlayıcı nitelikteki uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları da yasaklanmıştır. Aynı maddede ifade edildiği üzere, bir anlaşmanın ispat edilemediği durumlarda piyasadaki fiyat değişimlerinin, arz-talep dengesinin veya teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri bölgelerin, rekabetin engellendiği piyasalardakine benzerlik göstermesi halinde, bu durum teşebbüslerin uyumlu eylem halinde olduklarına karine teşkil edebilmektedir.[3] Buna göre, Kanun, uyumlu eylem için bir karine öngörmekte ve şüphe bulunması halinde ihlalin varlığını kabul ederek, ihlalin var olmadığının ispatını taraflara yüklemektedir.

Kanun'un gerekçesi, maddede neden böyle bir düzenleme gidildiğinin anlaşılması için önemlidir. Buna göre, uyumlu eylem karinesine ilişkin olarak, kanunla yasaklanan rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların genellikle gizli yapıldığı ve ispatının güç olduğu; bu nedenle uyumlu eylem karinesinin kabul edildiği görülmektedir. Uyumlu eylem içinde olmadıklarının ispat yükü teşebbüslere geçirilerek, ispat güçlüğü nedeniyle Kanun'un işlemez hale gelmesinin önlenmesinin amaçlandığı belirtilmektedir. Böylece, rekabetin sınırlandığı piyasalardaki durumlara benzer durumların görüldüğü piyasalarda, teşebbüslerin eylemlerinden yola çıkılarak, teşebbüsler arası bağlantının varlığını ispatlamaksızın, uyumlu eylemin gerçekleştiği sonucuna varılabilir.[4]

Kanun maddesinde belirtildiği üzere rekabet soruşturmasının söz konusu olduğu piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi halinde, bu benzerlik, bir uyumlu eylemin varlığını kabul etmek için yeterlidir. Ancak buradaki benzerlik sadece şüphe uyandıran bir benzerlik değildir, objektif ekonomik verilerden hareketle inceleme yapılmalı ve uzman kişiler tarafından şüphenin kuvvetli olduğuna dair bir kanaate varılmış olmalıdır. Eğer böyle bir kanaate varılamazsa uyumlu eylemin bulunmadığına karar verilmelidir.

Uyumlu eylemlerin varlığının tespiti için teşebbüsler arası bağlantı, paralel davranış ve bunların arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Bunun yanında, teşebbüsün rekabeti kısıtlamak amacıyla hareket ettiğinin tespiti gereklidir. Uyumlu eylemlerde teşebbüsler arası ilişkiler gizlilik üzerine kurulu olduğu için, teşebbüsler arası bağlantıları ve dolayısıyla teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarını kanıtlamak oldukça güçtür. Bu nedenle rekabet hukukunda önce paralel davranışın varlığı tespit edilir, daha sonra buna neden olabilecek bağlantılar aranır.

Kurul kararlarına konu olacak her bir somut olayda bu durumlar kurul tarafından tek başlarına değil, uyumlu eylem sonucuna ulaştırmaya yönelik olarak bir çok delil ile birlikte göz önünde bulundurularak karar verilir. Buna göre, teşebbüsler arası bilgi değişimleri, tavsiyeler, toplantı ve görüşmeler, teşebbüslerin kamuya yönelik duyuruları, alış ve satışlardaki birlikleri, iş birliğini gösteren ifadeleri, iç yazışmaları, raporları, bayilere gönderilen yazıları, teşebbüs içi veya teşebbüsler arası mektupları, faksları, elektronik postaları uyumlu eylemin ispatında delil olarak kullanılmaktadır.

Tartışılması gereken husus devam eden tek bir ihlal yaklaşımının uyumlu eylemin tespiti için esas alındığı gibi maddi zararın tespitinde de esas alınıp alınamayacağıdır

Buna göre piyasa değerleri ile birlikte teşebbüs nezdinde yapılan incelemeler neticesinde uyumlu eylemin varlığına işaret olacak nitelikte dönemsel delillerin varlığı, uyumlu eylemin varlığına da karine teşkil etmektedir. Nitekim söz konusu 12 bankanın uyumlu eylem içerisinde bulunduğu da her türlü delil, e-postalar, iç yazışmalar, masaüstü notlar, üst düzey yöneticiler arasındaki toplantılar, görüşmeler gibi her türlü delil değerlendirilerek tespit edilmiştir. Gün be gün uyumlu eylem için bir karine aranmamakla birlikte, ilk ve son delil tarihleri esas alınarak teşebbüsler arası genel bir ortak hareketin varlığı, uyumlu eylem içerisinde bulunulduğunun tespiti açısından yeterlidir ve karine teşkil etmektedir. Bu kabule Rekabet Huku-



kunda "devam eden tek bir ihlal yaklaşımı" denmektedir. Buna göre zamana yayılan çeşitli davranışlar tek bir ihlal olarak nitelendirilmektedir.[5] Somut olayda da bu husus gerek Kurul kararı gerekse yerel mahkeme ve Danıştay kararı ile tartışmaya mahal vermeyecek şekilde kesinleşmiştir.

Ancak burada tartışılması gereken husus devam eden tek bir ihlal yaklaşımının uyumlu eylemin tespiti için esas alındığı gibi maddi zararın tespitinde de esas alınıp alınamayacağıdır. Devam eden tek bir ihlal yaklaşımı, bu yaklaşımın görülecek olan hukuk davalarında da uygulama alanı bulması gerektiğini, bankaların farklı tarihte ve farklı hizmetlerde kartele dahil oldukları savunmasının bu yaklaşımda değer görmeyeceğini savunmaktadır. Bu takdirde zarar hesabının kararda bahsi geçen baz puanlar esas alınarak yapılacaktır. Ancak teşebbüsler arası bir uyumlu eylem kanaatine varılmış ise bile, bu husus toplumun/tüketicilerinin zarara uğradığı noktasında bir karine teşkil etmediği kanaatindeyiz. Nitekim karar detaylı incelendiğinde, genel bir araştırma geçirildiği, uyumlu eylemin tespiti ve ceza tesisi için belirli aralıklarla mevcut olan delillerin yeterli olduğu görülmektedir. Bu husustan yola çıkarak söz konusu bankalardan kredi kullanan her bir teşebbüs veya bireyin maddi zarara uğradığı yönünde genel bir çıkarım yapılamayabilecektir. Şöyle ki, kredi oranları günden güne, saatten saate, hatta müşteriden müşteriye değişkenlik göstermektedir. Genel olarak müşteriye uygulanacak kredi oranı, o anki nakit durumu, vade uzunluğu, müşterinin özel durumu gibi hususlar göz önünde bulundurularak belirlenmektedir. Kurul kararında belirtilen tarihler arasında bir uyumlu eylemin varlığının tespit edilmiş olması, her tarih, her saat ve her müşteri için bankaların ortak bir baz puan belirleyerek oran artışı yapmış olması anlamına gelmeyecektir. Bununla birlikte, kurul kararı incelendiğinde görülecektir ki, 12 bankanın tümü her an bu uyumlu eylem içerisinde bulunmamaktadır. Örneğin, bazı tarihlerde kredi oranlarında bazı bankalar ortak artış yapmışken, yine soruşturma geçiren bazı bankalar bu artışa katılmayarak oranlarını sabit tutmuştur. Yine örneğin, bankalar aynı tarihte bir müşterisine düşük orandan faiz uygularken, diğer bir müşterisine ortak artış belirlenen tutardan faiz uygulamıştır. Bu takdirde maddi zararın ortak bir baz puan esas alınarak hesaplanması hukuka aykırı düşecektir.

Dolayısıyla açılacak bir tazminat davasında faiz oranları ve bu oranların uygulandıkları tarih açısından her bir bankanın ayrı değerlendirmeye tabi tutulabileceğinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu kapsamda açılan davalarda kredi türü, davalı bankanın dava konusu yıl içerisinde uyguladıkları faiz oranları, serbest piyasada uygulanan faiz oranları ve soruşturmaya dahil edilen diğer bankaların faiz oranlarının ayrı ayrı incelenmesi halinde maddi zarar bulunup bulunmadığı tespiti yapılabilecektir. Diğer bir deyişle, maddi zarara uğranıldığı iddia edilen bir yıl içerisinde herhangi bir kredi türünde ilgili banka uyumlu eylem içerisinde bulunmadığından ve faiz oranlarını serbest piyasa koşullarına göre veya müşteri özelinde belirlediğinden banka müşterisi nezdinde bir maddi zarar oluşmamış olabilecektir. Örneğin; belirtilen tarihlerde kullanılan bir kredi için, serbest piyasada ve hatta o tarih için kartele katılan bankalarda yüzde 1 oranında faiz uygulanırken, bankanın müşterisine özel olarak yüzde 0,85 oranında faiz uygulamış olduğunu varsayalım. Bu müşterinin açacağı bir maddi tazminat davasında baz puan uygulanarak zarar hesabı yapıldığında, olmayan bir maddi zararın banka aleyhine hükmedileceği, bu hususun ise hukuka aykırılık teşkil edeceği görüşündeyiz.



Uzman bilirkişilerin yapacağı tespitler neticesinde piyasada bilinen adıyla "kartel faizi davaları" şekillenecektir

Söz konusu hususun açılacak tazminat davasında mahkemece ayrı ayrı tespitinin oldukça zor olduğu, dolayısıyla açılacak davalarda belirtilen hususlar hakkında bir takım olumsuzluklarla karşılaşılabileceğinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bunun yanı sıra mahkemelerin, herhangi bir zarar oluşmadığı, nitekim sözleşme imzalamakta irade serbestisi bulunduğu, piyasadaki 52 bankadan yalnızca on ikisinin oluşturduğu bir kartelde irade serbestisini kullanarak faiz oranı düşük olan bankalarla da sözleşme imzalanabileceği, bu nedenle maddi zararın kartel oluşturan bankaların uyumlu eylemi nedeniyle oluşmadığı yönünde bir karar vermesi de oldukça muhtemeldir. Bu noktada temel görev, açılacak davalarda bilirkişilere düşmektedir. Alanında uzman bilirkişilerin yapacağı tespitler neticesinde piyasada bilinen adıyla "kartel faizi davaları" şekillenecektir.

Tazminat Davası

Banka müşterileri tarafından açılacak tazminat davası temel olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine dayanmaktadır. 4054 sayılı RKHK'nun 57. maddesine göre "Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur. Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur."

Kanunun 58. maddesi ise söz konusu zararın nasıl tespit edileceğini hüküm altına almaktadır. Buna göre; Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler. Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir. Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün karlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır.

Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hakim,

zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir."

Söz konusu madde hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, öncelikle Rekabet Kurulu Kararı tesis edilmesi ve daha sonra bu kararın Danıştay tarafından onanması ile söz konusu 12 bankanın uyumlu eylem içerisinde bulunarak 4054 sayılı Kanunu ihlal ettikleri kesinlik kazanmıştır. Dolayısıyla söz konusu Kurul ve Danıştay Kararlarının mahkemeye sunulması ile ispat yükü yerine getirilerek bu uyumlu eylemden zarar gören banka müşterileri tarafından zararın tazmini için dava açılabilecektir.



Öncelikle Rekabet Kurulu kararı çerçevesinde dava açabilecek banka müşterilerinin tespiti önem taşımaktadır. Kararın "ilgili pazar" bölümüne bakıldığında, soruşturmanın ana bankacılık hizmetlerinin tamamını ve kamu kurumlarının mevduatına dönük bankacılık hizmetlerini kapsadığı görülmektedir. Buna göre söz konusu hizmetler "mevduat hizmetleri", "kredi hizmetleri" ve "kredi kartı hizmetleri" şeklinde ve daha alt başlıklar olarak "konut kredileri", "taşıt kredileri "ihtiyaç kredileri" veya "KOBİ'lere sunulan kredi hizmetleri" şeklinde tanımlanabilecektir. Bu kapsamda söz konusu tazminat davasını on iki bankadan kredi kullananan veya bu bankalarda mevduat hesabı bulunan tüm tüketiciler, tacirler ve kamu kurumları açabilecektir.

Rekabet Kurulu ve Danıştay Kararlarının mahkemeye sunulması ile ispat yükü yerine getirilerek bu uyumlu eylemden zarar gören banka müşterileri tarafından zararın tazmini için dava açılabilecektir

Bu kapsamda açılacak tazminat davasında Kanun'un 58. maddesine göre ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki fark zarar olarak talep edilebilecektir. Ortaya çıkan bedel banka müşterilerinin zararını oluşturmaktadır. Benzer şekilde mevduat hesabı bulunan banka müşterilerinin de uygulanan düşük faiz miktarları için dava açabileceği görüşündeyiz.

Söz konusu maddi zarar adı geçen 12 bankanın anlaşması ve ortak kararı nedeniyle oluştuğundan 58. maddenin ikinci fıkrasına göre maddi zararın üç katı kadar tazminat hakkına sahip olunmaktadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, hakimin talep halinde söz konusu tazminatı değerlendireceğidir. Diğer bir deyişle, zararın üç katına kadar tazminat talebi mahkemeden talep edildiği takdirde hakim tarafından değerlendirilecektir.

Kanun'un 57. maddesinin ikinci cümlesinde zararın oluşmasına birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunların zarardan müteselsilen sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Söz konusu madde hükmü dikkate alındığında uyumlu eylem içerisinde olan tüm bankaların davalı taraf olarak gösterilebileceği görüşündeyiz. Ancak bu hususun yargılama masraflarını arttıracağı göz önünde bulundurulduğunda yalnızca kredi kullanılan bankanın davalı olarak gösterilmesinin yeterli ve usul ekonomisine uygun olacağı görüşündeyiz.

Açılacak tazminat davasında görevli mahkemenin tespitinde ise davacı taraf önem taşımaktadır. Buna göre tüketiciler tarafından açılacak tazminat davası Tüketici Mahkemesinde, tacirler tarafından açılacak davalar ise Ticaret Mahkemelerinde, diğer kurum ve kuruluşlar tarafından açılacak davalar ise Asliye Hukuk Mahkemesinde açılmalıdır.

Rekabet Kurul Kararına karşı açılan iptal davasının yerel mahkemece reddedilmesi ve ardından Danıştay tarafından onanması ile adı geçen 12 bankanın uyumlu eylem içerisinde bulunduğu bir anlamda netleşmiştir. Bu doğrultuda RKHK hükümlerine bakıldığında, uyumlu eylem nedeniyle uğranılan zararların söz konusu uyumlu eylem içerisinde bulunan bankalar tarafından karşılanacağına da şüphe bulunmamaktadır. Kanaatimizce burada tartışma gerektiren tek husus maddi zararın nasıl hesaplanacağıdır. Henüz emsal bir kararın olmaması da bu durumu muğlak kılmaktadır. Rekabet Kurulu Kararı ve ilkeleri göz önünde bulundurulduğunda bir baz puan esas alınarak maddi zarar belirlenmesi şimdilik görünen en makul yöntemdir. Ancak yine de açılacak davalarda bilirkişilerin işin içinden kolay çıkamayacağı düşünülmektedir. Nitekim faiz oranlarının müşteri, tarih, saat, vade, kredibilite, nakit miktarı gibi akla gelebilecek her türlü parametreye göre değişkenlik göstermesi maddi zararın hesaplanmasını zorlaştıracağı; hatta bazı durumlarda maddi zararın oluşmamasına neden olacağı düşünülmektedir.

1. Rekabet Kurulu'nun 08.03.2013 tarih 13-12/198-100 sayılı kararı için bkz www.rekabet.gov.tr

2. İkizler, Dr. Metin. Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.127.

3. 00-24/255-138 sayılı ve 27.06.2000 tarihli Kurul Kararı.

4. İkizler, s.293.

5. Akipek, Kırkbeşoğlu, Tokbaş, Sorularla 12 bankaya Karşı Üç Kat Tazminat Davası Rehberi, Aristo Yayınevi, Ekim 2016, s.108.

Nefret Söylemi ve Suçları Tartışılıyor

Duygu, söylem ve suçun iç içe girdiği nefret, hukukçu, sosyolog, psikolog ve sivil toplum çalışanları tarafından konuşuldu, tartışıldı. Tartışılmaya da devam edilecek...

Zehra Kafkaslı

Türk Ceza Hukuku Derneği (TCHD) nefret söylemi ve nefret suçları ile ilgili bir çalıştay başlattı. İlk toplantılarını Ekim ayı sonunda yapan hukukçu, akademisyen, psikolog, sosyolog ve sivil toplum çalışanlarından oluşan 60 kişilik grup bir araya gelerek ön çalışmalarını tamamladı. Kavramların tanımlanmasından ceza hukukundaki yerine, mağduriyetin giderilmesinden veri toplanmasına kadar çeşitli konuların tartışıldığı çalıştay genişletilerek sürdürülecek. Kavramsal çerçeve, hukuki altyapı ve saha çalışmalarını tartışmak üzere üç grup halinde toplanan çalıştayı, raportörler Yrd. Doç. Dr. Buket Soygüt Arslan, Dr. Güçlü Akyürek ve Yrd. Doç. Dr. Sinan Altunç ile konuştuk.



Türk Ceza Hukuku Derneği (TCHD) olarak nefret söylemi ve nefret suçları hakkında bir çalıştay düzenlediniz. Bu toplantılardan biraz bahsedelim. Çalıştayı nasıl planladınız? Tartışmalar hangi ana konular üzerinden yürütüldü?

Buket Soygüt Arslan: Yaklaşık 60 kadar katılımcıyla üç grup halinde tartışmaları sürdürdük: Kavramsal çerçeve, hukuksal çerçeve ve saha.

Kavramsal çerçevede, kavramlar arasındaki farklar, ayrımcılık, nefret suçu ve nefret söylemi kavramları ile bir tanıma ihtiyaç var olup olmadığı konuşuldu. Burada tartışma, sorun ceza hukukunu ne kadar ilgilendiriyor; ceza hukuku ne kadar müdahale etmeli konusuna dönüştü ki hukuksal çerçeve aslında ikinci grubun konusuydu. Orada daha somut bir çerçeve oluşturulabilir mi o tartışılacaktı ama biz biraz kavramsal ve hukuksal çerçeve olarak iç içe girdik. Üçüncü grupsa sahaya ilişkin çalışıyor. Mağdur gruplar ve mücadele yöntemleri sahada çalışan feminist ve LGBTİ derneklerinden arkadaşlarımız, sosyologlar ve siyaset bilimciler bu grupta olmayı tercih ettiler.

Çalışmanın fikir aşamasından itibaren hukuk alanı dışındakilerin de katılımı amaçlanmış ve bu sağlanmış da görünüyor...

Soygüt-Arslan: Başından beri bu çalışmanın özellikle multidisipliner olmasını istedik. Bir ölçüde de sağladık. Devam eden çalışmalarda bu 60 kişilik çalışma grubunu farklı alanlardan insanlarla genişleterek sürekli çalışacak bir grup olarak planladık. Çalışma gruplarının bu şekilde devam etmesini istiyoruz. Yani, olup bitecek bir şey değil, sürekli devam edecek.

Çalıştayın ilk sonuçları neler?

Soygüt-Arslan: Bu çalıştayda doğrudan bir yere varmak için hareket etmedik. İnsanları biraraya getirelim, yapılmış çalışmalara ek olarak TCHD olarak ne yapabiliriz, bir fark veya duyarlılık yaratabilir miyiz diye başladık. Sosyal Değişim Derneği'nin yaptığı çalışma çok güzel ve detaylı ama bir şekilde fiiliyata geçmiyor. Hukukçular olarak biz bunu fiiliyata geçirebilir miyiz veya geçirmeli miyiz; yoksa bu toplumsal bir çözümle mi hallolmalı?.. Biraz bunları tartıştık.

Nefret söylemi, nefret suçu ya da nefret kavramının kanunda yer almasıyla sorunlar çözülmüyor. Herkesin kabul ettiği bir tanım olmaması bir önemli bir mesele, fakat uzlaşılmış bir tanım ortaya çıksa da kapsamının belli suçları ya da mağdurları dışarda bırakacağı gibi bir endişe var. Siz nasıl görüyorsunuz?

Soygüt-Arslan: Nefret suçu ve söylemini bir kere ayırmak gerekiyor ama dediğiniz gibi aslında üzerinde anlaşılmış tanımlar yok. Uluslararası hukukta da bu böyle. AGİT'in ve Avrupa Konseyinin tanımları var, ülkeler de bunlar üzerinden gidiyorlar. Fakat hem ülkeler hem de insan hakları konusunda etkin olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de kavramsal yaklaşmayı çok tercih etmiyor. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) içeriğinde doğrudan böyle bir hüküm yok. Olay mevcut maddelerle ilgiliyse -mesela özel hayat, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü, toplanma özgürlüğü vs.- bunlarla bağlantılı olarak inceliyor. Böyle bir sorun var ve dünya da kavrama bir tanım yapmaya çok yanaşmıyor.

Kavramsal çerçeve çalışması yapan grupta konuya ceza hukukunun müdahil olup olmamasının tartışıldığını söylediniz. Nefret suçu ceza hukukunun dışında nasıl kalabilir?

Soygüt-Arslan: Nefret suçu dediğimiz aslında bildiğimiz suçların nefret saikiyle işlenmesi. Ceza hukuku ilgilenmek, mutlaka müdahale etmek durumunda; müdahale de ediyor. Hırsızlık, öldürme, yaralama gibi suçları zaten cezalandırıyor ama bu

noktada nefret saiki ağırlaştırıcı neden olur mu, olmalı mı gibi tartışmalar var.

Nefret söylemi bakımından ceza hukuku müdahale etmeli mi sorusu terazinin diğer ucunda ifade özgürlüğü olduğu için hassas bir dengeye işaret ediyor. Bu epey tartışmalı çünkü, nefret dediğimiz şey nihayetinde kişinin iç dünyasıyla ilgili bir duygu. Dolayısıyla ceza hukukunun "ultima ratio" niteliği gereğince bu müdahale mümkün olduğu kadar kısıtlı olmalı. Hukuk düzeni ne kadar özgürlükçüyse müdahalenin olmaması, toplumun kendi dinamikleri içinde meselenin çözülmesi tercih edilir. Fiiliyatta bunun böyle olmadığını görüyoruz. Ceza hukuku bir çok alanda olduğu gibi ilk çare olarak başvurulan bir araç. Bunun nedenlerine baktığımızda, ülkemiz özelinde, söylemlerin yoğunluğu, eyleme dönüşme potansiyeli, hatta kitleleri harekete geçirme potansiyeli yüksek. Dünyada da bunun örnekleri var: Ruanda soykırımında meydanın -radyonun- bu söylemleri nasıl eyleme dönüştürdüğü Uluslararası Ceza Mahkemesinin kararlarına yansımış bir olgu. Bizde de Hrant Dink cinayetinde gördüğümüz gibi çok acı örnekleri var. İstenen bu olmasa da ceza hukukunun buna duyarsız kalması çok mümkün gözükmüyor.


Buket Soygüt Arslan

Asıl olması gereken nedir? Ceza hukuku dışında nereye başvurulmalı?

Soygüt-Arslan: Nefret söylemi boyutunda, özgürlükçü bir hukuk düzeni bakımından, medeni hukuk yaptırımlarının devreye girmesi, etkin bir tazminat sorumluluğuna gidilebilmesi caydırıcılığı gerçekten artırıyor. Bizde medeni hukuk yolu maalesef etkin bir yol değil; masraflı ve usulen elde edilmesi güç. Genelde çok büyük tazminatlara hükmedilmiyor. Biraz da kapıya polisle gitmenin daha caydırıcı olduğu inancı var. O yüzden fiiliyatta etkin bir tazminat sorumluluğu söz konusu değil.

Ayrıca bir düzenleme yapılmasının, belki bir tanımın yapılmasının veya ceza hukukunun buna müdahalesinin mağdur gruplar açısından da sembolik ve manevi bir değere sahip diye düşünüyoruz. Çünkü münferit gibi görünen nefret suçu işlenmesinden sonra, o gruba ait diğer bireylerin üzerlerinde ciddi bir baskı ve travma oluşuyor. Dolayısıyla bizim toplantımızda bu düzenlemenin mağdur gruplar açısından sembolik anlamı olacağı konusunda görüş çıktı. Diğer taraftan yoruma muhtaç başka kavramlar yok mu; tabii ki var. Hakaret de tanımlanmış bir kavram değil ama bunun içi uygulamayla dolduruluyor. Veyahut, saikten gidersek nefret saiki gibi töre, kan gütme saiki de uygulamanın doldurduğu -ama tabii problem de yaratan- alanlar. Bu nedenle, kanunilik ilkesi gereğince bir tanım yapılması gerektiği yönünde bir görüş oldu. Toplantılarımızda, kavramsallaştırmanın kurumun doğru anlaşılması bakımından da gerekliği olduğunu fark ettik.

Soygüt-Arslan: "Bizde medeni hukuk yolu maalesef etkin bir yol değil; masraflı ve usulen elde edilmesi güç. Genelde çok büyük tazminatlara hükmedilmiyor. Biraz da kapıya polisle gitmenin daha caydırıcı olduğu inancı var. O yüzden fiiliyatta etkin bir tazminat sorumluluğu söz konusu değil"

Sinan Altunç: Toplantılarda şu da söylendi. Sadece Türk Ceza Kanunu açısından, 6. madde, 61. madde açısından bakmayalım; gerekirse Ceza Mahkemesi Kanunu (CMK)'nda ve İnfaz Kanunu'nda değişiklikler yapalım. Kişi, erteleme veya koşullu salıverilmeden yararlanacaksa nefret saikiyle işlenen bir suçta koşullu salıverilme koşullarını ağırlaştıralım. Aynı şekilde CMK'da uygun olduğu ölçüde bir takım koruma tedbirlerinden yararlanmak suretiyle nefret saikini ayrı bir platformda ele almak mümkün olabilir.

Bir de Türkiye AİHS Ek 12. Protokol'e taraf değil. Sözleşmenin kendisi ve ayrımcılıkla ilgili 14. madde var ama ek 12. Protokolün farkı şu: 14. maddeyi uygulama noktasında sözleşmede geçen herhangi bir hakla ilgili ayrımcılık yapılamaz. Sözleşmede geçen başka bir hakkın kullanılması bakımından o hakla bağlantılı olarak 14. maddeyi devreye sokuyor. Sözleşmeye Ek 12. Protokol başlı başına yasak getiriyor. Herhangi bir hakla bağlantılı olmaksızın doğrudan doğruya her türlü ayrımcılığı yasaklıyor. Her şeyden öte Türkiye buna taraf olmadı daha. O da ayrı bir niyet göstergesi.

TCK içerisindeki ayrımcılığın önlenmesi vs. gibi yasaklar neden nefret suçuna dönüşmüş eylemleri engellemekte yetersiz kalıyor?

Soygüt-Arslan: Ayrımcılık aslında farklı bir kavram; hayatın her alanında olabilen ve suç boyutuna varmak zorunda olmayan, belirli grupları ötekileştiren uygulamalar diyebiliriz. Dolayısıyla bu çok geniş. Biz bu çalışmaya başlarken çalışmamızın konusuna ayrımcılığı da alacak mıyız diye tartıştık. Bu konunun gerçekten çok geniş olduğunu ve dışarda bırakmamız gerektiğini düşündük. Kız ve erkek çocuklarına farklı sınıflarda ders vermek gibi ayrımcılığın çok boyutu var. Engelileri ayırabilirsiniz, yaşlıları ayırabilirsiniz... Bunun suça yansımış hali ise ayrı bir mesele ve bununla da ilgili sadece TCK 122. madde ve TCK 216. var ama 216'nın hali zaten içler acısı. Çünkü hep aleyhe kullanılmış getiriliş amacının tam karşıtı için kullanılmış bir düzenleme.

Nasıl?

Güçlü Akyürek: Daha çok ifade özgürlüğünün aleyhinde kullanılmış.

Soygüt-Arslan: Kısıtlamak üzerine kullanılmış bir düzenleme. TCK 216'daki "halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme" suçundan yargılanan en meşhur isimler Baskın Oran ve İbrahim Kaboğlu'ydu ki onlar İnsan Hakları Danışma Kurulu'na "Azınlıklar ve Kültürel Haklar Raporu" hazırlamak üzere atanmıştı. 216. maddeyle korunması amaçlanan aslında, toplumun bir arada yaşamasıyken tamamen siyasi amaçlarla kullanılmış. Maddeyi uygulayan ellerde problem var aslında.

TCK 216 aslında içerik olarak problemli değil mi?

Akyürek: Eleştiri olarak gündeme getirildi bizim grupta... Ceza hukukunun nefret suçlarıyla ilgili müdahale etmesi tersine bir etki yaratıp, temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmasına yol açabilir. İnsan haklarını savunanlara karşı bir silah olarak kullanılabilir. Ceza hukukunun bundan uzak kalması gerektiğine dair bir iddia da var. TCK 122'yle ilgili çok da bir uygulama yok, TCK 216'nın da tamamen tersine kullanıldığını görüyorsunuz.

Hukuk aslında bir üst yapı kurumudur. Yasaları değiştirerek toplumu ne kadar değiştirebileceğiniz bir soru işareti. Benim çok kullanmayı sevdiğim bir tabir var. Barack Obama başkan seçildiğinde diyorlardı ki; Amerika Birleşik Devletleri aynı anayasayla hem köleliği uyguladı hem de siyah bir başkan seçti. Amerika'da hala aynı anayasa var. Demek ki yasalarda, anayasada ne olduğu biraz ikinci planda. Türkiye'de bu biraz daha ön plana çıkıyor. Yasaları değiştiriyorsunuz ama bir şey değişmiyor. Islahat Fermanı çıktıktan sonra denmiş ki; "bundan sonra gavura gavur denmeyecek". Bizdeki anlayış biraz bu, bundan sonra gavura gavur demeyeceğiz ama bunu derken de ayrımcılık yapıyoruz. İnsanları aşağılamış oluyoruz aslında ve bunun farkında değiliz. O yüzden, mücadele yöntemleri grubunda en çok üzerinde durulan nokta, bu konunun eğitiminin verilebilmesi ve toplumda farkındalık yaratabilmekti. Çünkü Türkiye'deki ayrımcılık ve nefrete baktığınızda Avrupa ve Amerika'dakinden biraz farklı bir yapısı var.

Altunç: "Sözleşmeye Ek 12. Protokol başlı başına yasak getiriyor. Herhangi bir hakla bağlantılı olmaksızın doğrudan doğruya her türlü ayrımcılığı yasaklıyor. Her şeyden öte Türkiye buna taraf olmadı daha. O da ayrı bir niyet göstergesi"

Türkiye'deki ayrımcılık ve nefret Batı ülkelerinden nasıl farklı?

Akyürek: Amerika'da en çok karşılaşılan ayrımcılık türü ırka dayanıyor. Özellikle siyahlara veya Latin Amerika kökenlilere karşı bir ayrımcılık yapılıyor. Türkiye'de böyle değil, zaten Türkiye'de pek fazla siyah da yok, yani bu anlamda bir ayrımcılık pek mümkün değil. Türkiye'de ayrımcılık yer yer etnik kökene, özellikle dinsel, mezhepsel farklılıklara ve cinsel kimliğe çok yoğun olarak dayanıyor. Diğer yandan Türkiye'de hiç ayrımcılık suçu işlenmiyor da diyebilirsiniz. Çünkü istatistiklerde görünmüyor.

Kim tutuyor istatistikleri? Resmi istatistik var mı yoksa derneklerin tuttuğu verilerden mi yararlandınız?

Akyürek: Adalet Bakanlığının her suçla ilgili tuttuğu bir istatistik var ama nefret suçu dendiğinde Adalet Bakanlığı daha çok 216. maddeye bakıyor. AGİT'e sunduğu bilgiler de 216. maddeyle ilgili ki bu yeterli değil. Bunun dışında sivil toplum kuruluşlarının (STK) tuttuğu istatistikler de var ama bunlar da yetersiz. Zaten bütün ayrımcılık eylemlerini ve bütün nefret suçlarını istatistikleştirmek mümkün değil. Bu dünyanın hiçbir yerinde olabilen bir şey değil. Ciddi bir veri eksikliği var. Bilgi sahibi olamadığımız için fikir sahibi de olamıyoruz bu konuda. Çünkü tam olarak nedir nerden kaynaklanıyor gibi bir sıkıntımız da var.

2014 yılında TCK 122. madde başlığına "nefret" ifadesi eklendi. Artık elimizde kanuni bir çerçeve var. Fakat maddeye yakından bakınca sorunları görmeye başlıyoruz... Öncelikle bir suçun "nefret" denen duyguyla işlendiğinin tespiti ve ispatı gerekiyor. Madde içeriğine baktığımızda ise satış, devir, kira, hizmetten yararlanma, işe alma sayılmış...

Soygüt-Arslan: İşten çıkarma bile yok dikkat ederseniz...

İşten çıkarma da yok evet... Şimdi böyle bir çerçevede eksik bilgiyle işe başlamış gibi görünüyoruz. Siz ne diyorsunuz?

Soygüt-Arslan: Bu madde daha çok çalışma hayatına ilişkin... Aldatmaca oradan başlıyor belki. Kapsam çok dar, belirli hareketler sayılmış ama işten çıkarma yok. Bir de bu yetmezmiş gibi, 2014'te bunu düzeltmek için "iyi niyetle" başlığa nefret kavramını eklediler. Önceki düzenlemede böyle bir motivasyonu olmadan dahi kişi ayrımcılık yapmışsa suçun kapsamında eylem oluşturuyordu. Şimdi bir de ispat problemi var. Böyle bir ispat problemi olan bir alanda eylemin cezalandırılabilmesi için bir de nefret saikiyle işlenmesi şeklinde bir koşul getirmiş oldu aslında.

Yani, TCK 122'de sayılan durumlardan birine maruz kalan kişi yalnızca ayrımcılığa uğradığını değil, bir de bunun nefret saikiyle işlendiğini de mi ispatlamalı?

Akyürek: Savcılık makamının bunu ispatlaması gerekecek.

Soygüt-Arslan: Saik kişinin iç dünyasına ait olduğu için zaten ispatı problemli. Ceza hukukunun cezalandırmasının zaten genel olarak problemli olduğunu bilmek önemli. Ceza hukukunu sınırlayan bir mesele. Burada da bu husus devam ediyor. Getirilen değişiklik bu korumayı da daralttı aslında.

Maddede sayılan din, dil, milliyet, renk kategorileri var...

Soygüt-Arslan: O da dar, yetersiz...

Bir kişinin belli bir grubu hedef alması mı yoksa suçun toplumsal olarak düşmanlaştırılmış bir grup mensubuna yönelik mi olması gerekiyor? Uluslararası metinlerde "herhangi bir gruba mensubiyet" diye de bir kategori yer alabiliyor. Bu yöntemi nasıl buluyorsunuz?

Soygüt-Arslan: Bu, bizim de tartıştığımız bir mesele. AGİT'in ve Avrupa Konseyinin tanımları oldukça geniş, hatta dediğiniz gibi ucu açık da bırakılmış. Toplantıdaki uzmanlar, nasıl olsa ülkeler bunları kendi hukuklarına adapte ederken kırpacak, o yüzden biz tutabildiğimiz kadar geniş tutalım düşüncesiyle böyle geniş bir kategori oluşturulduğunu söyledi.

Geniş mi bırakılmalı; daha da daraltılmalı mı? Çok geniş olduğunda, "ve benzeri" ifadesi kanunilik bakımından sorunlu. Ceza hukuku buna müdahale edecekse böyle yazamayız; ceza hukukunun evrensel ilkelerine aykırı. Fakat grupları tabii ki belirleyeceğiz. Grupların isimlerinin de belirlenmesinin, mezhepleri, dinleri vs. saymanın da doğru bir yaklaşım olmadığı, bunun bizatihi bir ayrımcılık ya da nefret suçunu oluşturacağı söylenildi. Din, dil, ırk vs. gibi kategorileri kriter olarak sayabiliriz dendi.

TCK'da ne eksik?

Soygüt-Arslan: Cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği kavramı eksik, sadece kadın-erkek ayrımından dolayı cinsiyet var ama LGBTİ'ler vs. bunun içine girmiyor. Irk diyor ama etnik köken eksik; ayrıca belirtilmesi gerekiyor. Tanım yaparken AGİT ve Avrupa Konseyinin tanımlarını baz alarak Türkiye'ye uyarlamamız gerekir düşüncesine ulaştık. Aksi takdirde kavramın içeriğinin boşaltılması riski var. Çünkü, kavram hem uygulamacılar hem de mağdurlar tarafından tam olarak bilinmediği için, herkese karşı işlenmiş herhangi bir suçun nefret suçu olarak nitelendirilmesi gibi bir eğilim var ülkemizde. Dolayısıyla ceza hukukunun özellikle özgürlüğü kısıtlayıcı yaptırımları devreye girecekse o ayrımın net bir şekilde yapılması gerekiyor. Bu endişenin sonucu olarak, kanunda tanımlanan mağdur grupların çok geniş olmaması gerektiğini, kriminolojik bir istatistik alan çalışmasıyla mağdurların belirlenip bir düzenleme yapılması gerektiği, hatta AGİT'in tanımında yer alan yaş ve engellilik gibi durumların tanımdan çıkartılması gerektiği sonucuna ulaştık. Şu an Türkiye'de etnik köken ve LGBTİ bireyleri bu suçlara yoğun olarak maruz kalan grup olarak öne çıkıyor.



Güçlü Akyürek

AGİT'in saydığı gruplar arasında olan yaş ve engelliliğin neden kategorilerden çıkarılmasını gerekiyor?

Soygüt-Arslan: Yaşlılara ve küçüklere karşı ayrımcılık mümkün, yapılıyor da ama toplumsal değerlerimiz nedeniyle bunun suç boyutuna ulaştığı bizde pek görülen bir şey değil. Ulaşım ve eğitim engellilere yeterince sağlanmıyor, bunlar ayrımcılık ama o kişilere yönelik nefret nedeniyle suç işlenmesi bizim ülkemizin bir gerçeği değil. O nedenle kavramı bu kadar genişletmeyelim dedik. Mutlaka bir tanım yapılacaksa ve ceza hukuku buna müdahale edecekse ırk, etnik köken, din, mezhep, inanç ve inançsızlık ve bunun yanında, dil, cinsiyet, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği ve siyasi görüş gibi temel grupların bu tanımın içindeki kriterler olması gerektiğinde hem fikir olundu. Meslek grupları ve sosyal sınıf da tartışıldı ama onların bu grupta olması gerektiği söylendi.

Sosyal sınıf, belki toplumsal gereklilik kazandığı zaman eklenebilir...

Akyürek: Mağdur grupları her zaman sabit değil, güncelleniyor. Çünkü duruma göre değişebiliyor; bazen belli bir grup daha çok mağdur oluyor, bazen başka bir grup gündeme geliyor. Örneğin bundan üç beş sene önce Türkiye'de Suriyelilerden bahsetmeyecektik ama bugün ülkemizde sayısını bile bilmediğimiz kadar Suriyeli var ve bu insanların bir şekilde ayrımcılığa uğradığı da gerçek. Suriyeliler çok yeni bir mağdur grubu, beş sene sonra belki başka bir mağdur grubu karşımıza çıkacak. O yüzden bütün mağdur gruplarını zamana ve mekana göre güncellemek gerekiyor.

Çalıştayın tamamlanmamış rapor metninde AİHM'in toleranssızlık, hoşgörüsüzlük kavramlarını kullanıldığını ama aslında bunun bir hiyerarşi yaratmasından ötürü sakıncalı olduğundan bahsetmişsiniz. Nasıl sakıncaları var?

Soygüt-Arslan: AİHM nefret saikini çok kullanmıyor, mevcut maddelerden yola çıkmaya çalışıyor. Hoşgörüsüzlük kavramını da cinsiyetçi hoşgörüsüzlük, dini hoşgörüsüzlük, siyasi hoşgörüsüzlük vs. gibi kategorize ediyor ve yerine göre kullanıyor. Bu sefer de ceza hukuku bakımından çok kabul edilebilir olmayan "kim kimi hoş görecek" sorunu ortaya çıkıyor. Nefret saiki mi; önyargı mı tartışması da var. Önyargı daha geniş bir kavram olduğu için nefret aranmadan önyargıya başvurulabilir düşüncesi var. Fakat bu da bir yargı olduğundan, kişinin düşüncesinden dolayı cezalandırılması gibi bir sakıncaya yol açması da söz konusu.

TCK 122'deki suçların eksik olduğunu konuştuk. Yaralama, saldırı vs. gibi onun dışında da konut dokunulmazlığı, üst arama gibi konu ve durumlarda nefret suçu işlenebilir. Bu örnekleri nasıl çoğaltabiliriz?

Akyürek: Birçok suç nefret saikiyle işlenebilir. Hakaret, tehdit, kasten öldürme, kasten yaralama suçları nefret saikiyle işlenebilir... Tek tek o suçları sayabilmek çok mümkün değil.

Toplumsal düzeyde nefretten söyleme, söylemden nefret suçuna giden yol nasıl oluşuyor?

Akyürek: Toplantılarda nefret piramidinden bahsedilmişti. Bu piramidin en altındaki geniş tabanda aslında bazı önyargılarla insanları etiketlemek var. Cinsel kimliği, etnik kökeni, ırksal durumundan dolayı insanlar etiketlenir. Bunlar güya yarı şaka yarı ciddidir ve bir noktada da toplum tarafından kabullenilir. Tırnak içinde bunlara hoşgörü gösterilir. Hatta o insanlar bile bir noktadan sonra kabullenmeye başlarlar.

Sonra, piramidin bir üst basamağına geçilir. Yani hakaret, tehdit gibi eylemler kullanılır ve toplum bir noktada bunu da kabullenmeye başlar. Bunun sonucunda da bu insanlara karşı şiddet içeren, kasten yaralama gibi eylemler olur. Ve bu piramidin en üstünde de soykırım suçu vardır. Çünkü soykırım suçu en temelde nefret saikiyle işlenen bir suçtur; nefret edilen grup yok edilmeye çalışılır. Aşama aşama bu noktaya gidilmektedir. Bu tip söylem ve ayrıcalıkların en basit aşamada toplum tarafından kabullenilmesi giderek daha üst noktalara çıkılmasına yol açar.

Amerika'da yapılan araştırmaya göre nefret suçunu işleyenlerin yalnızca yüzde beşi Neo Nazi olarak adlandırdığımız gruba giriyor. Geri kalanların yarısından fazlası herhangi bir suç işlemeyen, gayet legal bir hayat süren, toplum tarafından da tasvip gören insanlar. Nefret piramidi böyle işliyor. İş arkadaşınıza etnik kimliğinden ötürü bir lakap takıyorsunuz, buna herkes gülüyor; işte bu ilk adım. O piramide ilk tuğlayı koyuyorsunuz aslında. O nedenle de daha bu aşamada engellenmesi gerekiyor.

Farkındalık yaratmanın neden önemli olduğu bu örnekle anlaşılıyor. Peki, eğitim verilecek gruplar nasıl seçilecek? Zorunlu mu olacak? Hakimlere, polislere vs. kadına yönelik şiddetle ilgili bir sürü eğitim verildi, sonuçların toplumsal bir dönüşümü işa-

ret etmediği kesin...

Akyürek: Zorunlu olduğu zaman galiba biraz geri tepiyor gibi geliyor bana. Televizyonlardaki zorunlu yayınlara benziyor bu. Kaç kişi izliyor zorunlu yayınları? Ve ne işe yarıyor?


Sinan Altunç

Hukuki çerçeve üzerine yapılan çalışmalarda neler öne çıktı?

Sinan Altunç: Hukuki çerçevenin düzenlenmesinde üzerine hem zor hem kolay olan yanlar var. Zor olan kısmı; nefret suçunun olmaması, yani suçun bu kapsamda değerlendirilmemesi. Nasıl olması gerektiğiyle ilgili çok zor bir yapı var ortada. Hukukun bu konu için yeterli olmayacağı yönünde fikirler de var.

Bir yandan da kolaydı. Çünkü üç madde değiştirince sanki sorun çözülecekmiş gibi bir tablo çıktı ortaya. Nitekim ben çalıştay sunumumda üç cümle söyledim: "TCK 61. maddede cezanın belirlenmesinde değişiklik yapılır. Nefret suçunun ya da nefret saikinin ya da nefretin tanımı TCK'nın 6. maddesine konulur. CHP'nin kanun tasarısı taslağında belirttiği üzere bazı suçlar bakımından nefret saiki bir aldatıcı unsur ya da saik olarak ilgili suç tipine monte edilir." dedim ve bitti aslında.

Çok basit gibi görünüyor ama kanunlarda bu değişiklikler yapılsa da toplumsal düzlemde nefret söylemi ve suçlarını silmek konusunda tatmin etmeyecek...

Altunç: Etmeyecek çünkü bana kalırsa, nefret suçu nefret saiki toplumun damarlarına sinmiş. Hatırlarsınız, bir doktor kendisine gelen homoseksüel bir hastasının fotoğrafını çekip sosyal medyaya koydu ve bununla dalga geçti. Baktığınız zaman hekim en azından altı senelik tıp eğitimi almış, onun üzerine uzmanlık yapmış, üst düzey bir eğitim görmüş. Dolayısıyla da hukuki açıdan bir düzenleme yaptığınız zaman bu ne işe yarayacak?

Hukuki düzenlemenin işe yarayacağını düşündüğüm noktada ortaya koyduğumuz bir husus vardı; o da şu: TCK 61. madde nefret saikiyle işlenen suçlar bakımından, hakimlerin istese cezai üst sınırdan ceza verebilmelerine müsait olan bir madde. Fakat bizim grupta Yargıtay üyesi hakim İhsan Baştürk şunu önerdi: Alman kanunundaki gibi nefret saikini kanuna koyalım ki hakim görsün. Kanun değişikliğinin belki toplum açısından bir anlamı yok ama en azından karar veren makam olarak hakimi biraz zorlayıcı bir düzenlemeyle karşı karşıya bırakalım.

Soygüt-Arslan: Sevag Balıkçı örneği... Ne tesadüftür ki 24 Nisan'da öldürülüyor... Çok ciddi deliller, Facebook paylaşımları, 24 Nisan olması, bazı tanık ifadeleri var. Bunun nefret suçu olduğuna dair çok fazla delil var ama uygulanacak bir hüküm yok. Bu sefer de sıradan taksirle öldürme gibi bir karar çıktı.

Altunç: Konuşmalar sırasında TCK 122'deki ayrımcılık suçunun yeterli olmadığı, hatta nefret kavramının maddeden çıkartılması gerektiği söyledi. Bu madde, çalışma grubumuz açısından, çok yetersiz bir hüküm. 122. maddeye ayrımcılığa ek olarak nefret kavramının girmesiyle maddenin alanı çok daha daraldı ya da imkansız hale geldi. Çünkü nefret 122. maddenin doğasıyla uyuşmayan bir kavram, iş hayatıyla ilgili bir düzenleme. Oradan nefreti çıkarıp 122'yi eski haline getirip, hangi suçta nefret saikinin nitelikli hale sebep olduğunu söylemek istiyorsak onun içine dahil edilebilir şeklinde görüş bildirildi. Grupta hangi suçlar olacağına dair bir belirleme de yapılmadı açıkçası.

Yapılmalı mıydı?

Altunç: Aslında yapılması lazım. Nefret saikinde, ilgili suç maddesinde nitelikli hal olması gerekir diyorsak, en azından kanunlaşma aşamasında bunun yapılması lazım. Toplantıya katılanlardan bazıları ilgili suç maddesinde yapılacak düzenlemelere karşıydı. Sadece genel kısımda olsun, 61. maddedeki cezanın belirlenmesinde, bir de 6. maddedeki tanımlanmasında yer alsın ama her bir suç tipi bakımından nefret saiki düzenlemesi yapılmasın. Çünkü bunun sonu yok ve bir suçu diğerinden daha ayrı kılabilir. Benim aklıma çocuk düşürme düşürtme suçu geliyor mesela, bu belki başkasının aklına gelmeyecek. Gelmediği anda da suç nefret saikiyle işlenmiş olsa bile ya hiç nefret saikiyle işlenmemiş kabul edilecek ya da fark bile edilmeyecek. Nihai olarak oy çokluğuyla üzerine varılan karar bu üç ayaktı: 6. maddede tanımlarda tanımlansın, cezanın belirlenmesinde nefret saiki yazılsın ve hangi suç tipinde nitelikli hal olması isteniyorsa o ilgili suç tipine eklensin.

Sizce bu yeterli olacak mı? Mesela ceza hukukunun alanına girip girmemesi noktasında da tartışmalar yaşanmış, girmediğine karar verildiği ve bunun içinde düzenlenmediği bir durum söz konusu olabilir mi? O zaman ne olur?

Akyürek: Bizim grup mevzuya siz kanunda düzenleme yapacaksınız diye konuya girdiği için hiç öyle bir şey tartışılmadı. Benim düşünceme göre ceza hukukuna girsin. Sonuçta suç işlerken saik olarak failin kafasının bir yerinde olan bir kavram. Bunun tanımı yapılırsa bence yararı olabilir. Ceza hukukunu biliyorsunuz amacı önlemektir, kafamızın bir tarafında ceza hukukunun bastırıcı bir tarafı var. En azından bastırıcı özelliğini kullanmak bakımından kanunda buna yer verebiliriz. Mesela fail bir suç işlemek istiyor, bu suçu nefret saikiyle işlersem cezam daha ağır olacakmış dolayısıyla nefret saikiyle işlemeyeyim diyeceğini zannetmiyorum. Hatta herhangi bir failin nefret saikinin ne olduğunu anlayacağını da zannetmiyorum ama kanunda dursun. Her şeyden öte devletin, kanun koyucunun niyetini ortaya koyar, medyada anlatılır belki. Hükümet bu bağlamda mücadele ediyor diyebilir böylelikle.

Soygüt-Arslan: Ceza Hukuku müdahale etmeli ama belli bir ölçüde... Şimdiye kadarki tüm tasarılarda, tartışmalarda nefret saikinin hep ağırlaştırıcı bir etken olması savunulmuştu. Hem Sinan'ın çalıştığı hukuki çerçeve hem bizim kavramsal çerçeve grubundan aslında aynı şey çıktı. Hakimin alt sınırla üst sınır arasında bir takdir yetkisi var, burada ağırlaştırıcı neden olmasını değil de üst sınırdan cezalandırılmasını ön planda tutuyoruz.

Altunç: Ceza hukukundaki çifte değerlendirme yasağı akla

gelebilir. Bir kavramı suçun unsuru olarak belirtmişseniz, aynı kavramı ağırlaştırıcı sebep ya da nitelikli hal olarak gösteremezsiniz. Bu 61. maddede temel cezanın belirlenmesinde suçun işlendiği zaman önemlidir. Burada da benzer bir durum ortaya çıkacak. Eğer siz nefret saikini ilgili suç tipinde nitelikli hal olarak kabul etmişseniz, o zaman 61. maddedeki "o suç nefret saikiyle işlenirse üst sınırdan ceza verilir" şeklindeki kural işlemeyecek.

Soygüt-Arslan: Bununla birlikte bizim grupta, ağırlaştırıcı neden olmasın da üst sınırdan ceza verilsin denildi. Burada ağırlaştırıcı neden, kamu görevlisi tarafından işlenmesi, yani siyasi iktidarlarca kullanılması ve körüklenmesi durumunda daha ağır cezalandırılması nitelikli hal olması gerektiği şeklinde bir fikir çıktı. Malum bir de nefretin körüklenmesi, teşviki var.

Onarıcı adalet burada devreye nasıl sokulmalı?

Akyürek: AİHM'in böyle bir kararı vardı: Müslüman bir kişiye karşı hakaret eden bir şahsa verilen yaptırım, yanlış hatırlamıyorsam, 250 saat Müslümanlara yönelik bir kamu hizmetinde çalışmasıydı. Ceza hukuku devreye girmek zorunda kalıyor ama sadece klasik cezalandırıcı adalet anlayışıyla veya genel önlemeyle değil, özel önleme mutlaka olacak. Özel önlemenin de ötesinde hatta onarıcı adaletin de burada devreye girmesi gerekli. Onarıcı adalet, kişinin eyleminin sonuçlarının toplumda, mağdurda nasıl bir travma yarattığını algılamasını sağlamak için öngörülmüş yeni bir adalet anlayışı getiriyor. Nefret suçlarında da bunun olması gerektiğini düşünüyorum.

Akyürek: "Suriyeliler çok yeni bir mağdur grubu, beş sene sonra belki başka bir mağdur grubu karşımıza çıkacak. O yüzden bütün mağdur gruplarını zamana ve mekana göre güncellemek gerekiyor"

Nefret suçlarının izlenmesi hususunda neler yapılmalı? Devlet tarafından toplanan istatistiki verilerin yetersiz olduğunu söyledik. Diğerleri de STK'ların kendi imkanlarıyla sınırlı. Bunların dışında suçların izlenmesi ve önlenmesi için ne gibi öneriler toparladınız?

Akyürek: 2013 yılındaki bir toplantıda gündeme getirilmiş olan bir veri bankası oluşturulması önerisi gündeme getirildi. Türkiye sathında bu tip nefret suçlarının işlendiği ile ilgili olarak bütün bildirimler, şikâyetler, her neyse bütün bunların toplandığı az veya çok bir veri sağlayacak bir bankanın oluşturulması gerektiğine dair bir düşünce ortaya atıldı. Çünkü Türkiye'de bu çok eksik. İstatistiklere baktığınız zaman Türkiye'de bu suçlar hemen hemen hiç işlenmiyor diyorsunuz ama biliyorsunuz ki gerçek öyle değil. Bu istatistiklere maalesef her zaman güvenemiyorsunuz. Bizim toplantımızda böyle bir veri bankasının oluşturulmasına yönelik bir çağrı yapıldı.

Veri bankasını kim oluşturmalı? Sivil toplum kuruluşları mı yoksa Adalet Bakanlığı mı?

Akyürek: İkisi de olabilir, bunu o kadar detaylandırmadık. İkisinin de kendine göre sakıncaları var. Adalet Bakanlığından böyle bir şey istediğinizde, her şey siyasetin etkisi altında kalacak. Bazen o veriler kaçınılmaz biçimde artacak, bazen azalabilecek. Mesela bir dönem Türkiye'de şöyle bir söylem vardı: "Türkiye'de kadına karşı şiddet yüzde bin yüz arttı". Ben buna hep şüpheyle yaklaştım. Yüzde bin yüz inanılmaz bir oran; bugün bir kadın şiddete uğruyorsa yarın on bir kadın şiddete uğradı demek. Bunun için ülkede iç savaş falan çıkması lazım. İki ihtimal var ya eskiden de şiddet çok oluyordu biz farkında değildik ya da ikinci ihtimal toplumca çıldırdık iç savaş ortamında yaşıyoruz. İşte STK'ların bu araştırmayı yapmasında da böyle bir sıkıntı olabilir. Sonuçta STK'lar ister istemez dar alanda çalışma yapacaklar. Varsa özür dilerim ama ben sanmıyorum ki Türkiye'de bir STK bütün Türkiye sathında ayrımcılık ya da nefret suçlarıyla ilgili araştırma yapsın. İşin bu tarafı da var.

Kavramın karmaşık olması suçun tespitini zorlaştırdığı gibi veri olarak kaydedilmesini de etkileyecektir…

Akyürek: Aynen öyle… Mesela, Adalet Bakanlığı nefret suçlarına ilişkin olarak TCK 216. madde verilerini bildiriyor; ama TCK 122 de var ya da başka bir kasten yaralama suçu da nefret saikiyle işlenmiş olabilir. Bazı yapılan açıklamalar da nefret saikini çağrıştırıyor baktığınızda. Bütün bunları üstüste koyduğunuzda ciddi bir boşluk var. Bu verileri kim hazırlayacak bir sorun. İkincisi, diyelim ki bunu STK ya da Adalet Bakanlığı şekilde bağımsız bir kurum olarak kurduk. Veri akışını nasıl sağlayacağız? Türkiye'de öyle ya da böyle nefret saikinin mağduru olmuş kişilerin istatistiğini nasıl toplayacağız?

Soygüt-Arslan: Mağdurların adliyeye gitmesi karanlıkta kalan alan, adalete erişimde problem var. Mağdurlar mahkemeye gitmiyorlar, gitmek istemiyorlar. Mağdurların kendileri de ilk başta farkında olmayabiliyor. Avukatlar bunu adi vakalar olarak nitelendirmek eğilimindeler çünkü onlar da bilmiyorlar. Hatta nefret söylemi ve suçları konusunda barolarla beraber stajyer avukatlardan tüm avukatlara yönelik hizmet içi eğitim planlanabilir. Grubumuzda avukatları bir eğitime tabii tutarak böyle bir farkındalığı sağlayabilir miyiz diye düşündük.

Akyürek: Bu, bizim önerilerimiz arasında da vardı. İstanbul Barosu bazında böyle bir komisyon oluşturulması ve hukukçulara yönelik bir eğitim verilebilmesi konusunda bir fikir oluştu. Çünkü adalete erişim gerçekten çok ciddi bir sıkıntı. Bizim grubumuzda daha çok LGBTİ bireylerin sorunlarıyla ilgilenen meslektaşlar vardı. O insanların adalete ulaşabilmeleri, dava açmaları, cinsiyet değişikliğiyle ilgili nüfus cüzdanının değişikliğiyle ilgili çok ciddi sorunlar var. Nedendir bilmiyorum Türkiye'de kadın erkek farklı nüfus cüzdanı var. Onu da yeri gelmişken söyleyeyim sebebini hiçbir zaman anlamadım. Başka hiçbir ülkede de rastlamadım. Ne kadın ne erkek olan insanlar var. Ne yapacağız onlara o zaman; hepsine özel nüfus cüzdanı mı çıkaracağız? Erkek nüfus cüzdanı taşıyan kişi bir süre sonra kadın nüfus cüzdanı taşımak isteyebilir o insanı deyim yerindeyse mahkeme kapılarında süründürüyoruz. Ne gerek var böyle bir şeye; bunun anlamı ne? İşte bu yüzden düşündüğünüzde bu insanların zaten ekonomik durumları da çok iyi olmayabiliyor veya Buket Hanım'ın da söylediği gibi haklarını da çok iyi bilmeyebiliyorlar. Dolayısıyla bu insanların adalete erişimi de çok ciddi bir sıkıntı.

Dijital Çağda Çocukların Unutulma Hakkı

Unutulma hakkı bireyin geçmişte işlemiş olduğu suçtan veya dijital medyada uğradığı bir saldırıdan dolayı damgalanmış bir şekilde hayatını geçirmek istememe özgürlüğüne dayanıyor

Ekrem Baş
İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Medya Bölümü Öğrencisi
Dijital Medya ve Çocuk Projesi



Dijital medyada her gün, her saat, hatta her saniye paylaşılan verilerin zaman içinde birikerek bir bilişim hafızası oluşturduğu, yadsınamaz bir gerçek. Kişisel bilgilerini internet ortamında paylaşanlardan önemli bir kısmının çocuk olması nedeniyle, onlar için hukuksal bir korunmanın gerekli olduğu yönündeki görüşler önem kazanıyor.

Bir Anlık Paylaşım ve Bir Ömürlük Damgalanma

Dijital hafızada yer alan fotoğraf, kimlik bilgisi, adres ve diğer kişisel bilgilerin, bireyin kendi talebi üzerine, bir daha geri getirilemeyecek biçimde ortadan kaldırılması unutulma hakkı olarak tanımlanıyor. Unutulma hakkı, başka bir deyişle, bireyin geçmişte işlemiş olduğu suçtan veya dijital medyada uğradığı bir saldırıdan dolayı damgalanmış bir şekilde hayatını geçirmek istememe özgürlüğüne dayanıyor. İlk olarak 2012 yılında, Avrupa Komisyonu Üyesi Vivane Reding'in açıklamalarıyla gündeme gelen ve 2014 yılında Avrupa Adalet Divanı kararıyla ortaya çıkan bu hak kapsamında, yetişkin olsun olmasın, birey, geçmişte yaşadığı talihsiz bir olayı ya da rızası dışında paylaşılan kişisel bilgilerini dijital hafızadan sildirmek üzere mahkemeye başvurabilir duruma geliyor.

Türkiye'de Durum Ne?

Unutulma hakkına ilişkin olarak yakın zamanda Türkiye yargısından da emsal niteliğinde bir karar geldi. Anayasa Mahkemesi, 14 yıl önce çocuk yaştayken hakkında yapılan uyuşturucu haberini kaldırmak isteyen kişinin başvurusunu, "unutulma hakkı vardır" diyerek kabul etti.

Söz konusu kişi önce ilk dereceli mahkemelerde bu hakkını ileri sürdü. Ancak bu mahkemeler haberlerin, kişilik hakkına saldırı niteliği taşımadığına ve kaldırılmasına gerek olmadığına hükmetti. Bunun üzerine mağdur Anayasa Mahkemesi'ne başvurdu. Başvuruyu kabul eden Anayasa Mahkemesi, "Devlet, bireyin manevi varlığının bir parçası olan kişisel şeref ve itibara keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür," diyerek dijital ortamdaki arşivde muhafaza edilen bilgilerin silinmesine karar verdi. Yüksek mahkemenin bu kararı, gelecekte bu yönde yapılacak girişimlerin önünü açıyor. Yani dijital medyada mağdur edildiklerini iddia eden bireyler, mahkemeye dava açarak haklarındaki haberleri kaldırabilecekler.

Temel Bir Hak Olarak Unutulma Hakkı

Unutulma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesindeki özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının özel hayatın gizliliği başlıklı 20. maddesi ve Türk Medeni Kanununun, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimsenin, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı koruma istemesini içeren 24. maddesi ile koruma altına alınmış durumda. Türkiye hukuku açısından henüz yasal bir hak olarak tanımlanmamakla birlikte bu hak, özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendiriliyor.

Unutulma hakkının temel insan hakları ile ilişkisi dikkate alındığında, çocuğun yalnızca dijital medyada değil, kamunun kolayca ulaşabileceği yerlerde tutulan bütün kişisel verileri için geçerli sayılması mümkün. Çocuğun bir "siber zorbalık" fiiliyle mağdur edilmesi, bir yargılama sürecinde ismi ifşa edilerek "damgalanması" ve toplumsal hafızada saygınlığının zedelenmesi gibi tehlikeler, unutulma hakkının yasal dayanağa kavuşturulmasını daha da önemli kılıyor.

Yargılanan Çocukların Korunması

Yargı süreçlerinde çocukların korunmasına yönelik ihlaller, unutulma hakkına ilişkin en hassas konulardan birini oluşturu-

yor. Çocuğun isminin gizli tutulması ilkesinin, pek çok örnekte hiçe sayıldığı gözleniyor. Hatta bazen, çocuk daha mahkemeye gelmeden ismini sosyal medyadan öğrenmek dahi mümkün olabiliyor. Sorun yalnızca bu kadarla da sınırlı değil. Çocuk mahkemesinde görülmekte olan bir dava ile sıradan mahkemelerde yargılanan bir yetişkinin davası arasında bir bağlantı görülürse iki dava tek bir dava dosyası haline getiriliyor ve yargılama sıradan mahkemelerde devam ediyor. Bu gibi durumlarda çocuğun ismi gizli tutulmuyor, kamusal alanlarda sergileniyor. İşin ilginç yanı, ihlallerle dolu bu süreç Türkiye hukuku açısından bir sakınca doğurmadığı gibi gerekli yasal dayanağa sahip bir "hukuk usulü uygulaması" olarak devam ediyor.

Yeni bir kavram olarak hayatımıza giren unutulma hakkı, çocukların dijital medyanın damgalayıcı etkisinden korunması yolunda etkili bir imkân sağlamakla birlikte, ifade özgürlüğü ve sansür tartışmalarını da göz ardı etmeden değerlendirilmeyi hak ediyor.

İngiltere Bir Kıvılcım

İngiltere'de hükümetin desteklediği yeni bir kampanya ile aynı yetişkinler gibi çocuklara da unutulma hakkı kapsamında geçmişlerini sildirebilme olanağı tanınmaya çalışılıyor. "iRights" adı verilen bu kampanya, küçük yaştaki bireylerin internette oluşturdukları içerikleri düzenleme ve silme hakkını da içeriyor. Ayrıca Birleşik Krallık İnternet Güvenlik ve Emniyeti Bakanı Joanna Shields da bu hareketi destekliyor. iRights, işletmeleri, çocukları dijital ortamda korumaya itmeyi hedefliyor. Çocukların "Unutulma Hakkı"nı desteklemekle birlikte iRights, onların dijital dünyadaki oluşturdukları içeriklerin hangi yönde kullanılabileceği yönünde bilgilendirilmesini de destekliyor.

"iRights" adı verilen bu kampanya, küçük yaştaki bireylerin internette oluşturdukları içerikleri düzenleme ve silme hakkını da içeriyor

iRİght, şimdiden birçok tanınmış şirket ve kurumun desteğini kazanmış durumda. Joanna Shields ise iRights'ın devletin teknoloji şirketleriyle iş birliğinin benzersiz bir örneği olduğunu belirtiyor. Ayrıca Trustelevate.com kurucusu Rachel O'Connell, iRights maddelerinin gelecek birkaç yılda yürürlüğe girecek AB maddelerini temsil ettiğini söylüyor ve artık gençlerin gizliliklerini koruma konusunda bilinçlendiğini de ekliyor.

AB'den Google'a: "İnternette Unutulma Hakkına Uy!"

Avrupa Birliği Adalet Divanı, Google'ın kullanıcıların "Unutulma Hakkı" kapsamında arama sonuçlarında değişikliğe gitmesine hükmetti. Kararda "ilgisiz ve geçersiz" verileri içeren internet sitesi bağlantılarının talep doğrultusunda silinmesi gerektiği belirtildi. Google ise bu kararın "sansür" anlamına geldiğini ifade ediyor.

Unutulma hakkı, arama motorlarının, bazı arama sonuçlarını düzenleyip kişisel verilerin korunması için Avrupa Yönergelerine uyumlu olmasını zorunlu kılıyor. Buna karşın Google, verileri kontrol etmediklerini, yalnızca internette özgürce ulaşılabilen bilgiye bağlantı sunduklarını söylüyor.

Tüm bu tartışmaların ötesinde; Avrupa Komisyonu 2012 yılında, internet kullanıcılarının özel hayatlarıyla ilgili kişisel bilgileri korumak amacıyla "Unutulma Hakkı" yasası olarak bilinen



bir dizi köklü reform talebini onaylamıştı. Yasaya "aksi yönde meşru bir gerekçeleri olmadığı" sürece tüm internet sitelerinin uyma zorunluluğu var.

Google Unutulma Hakkı Kapsamını Genişletti

Google Unutulma Hakkı kanunlarıyla birlikte uygulamalarında genişlemeye gitti. Bundan böyle bu kanun çerçevesinde gelen bir talebe uyacak, söz konusu linki kaldıracak. Bu link, kullanıcılar tarafından Google ülke seçimi değiştirilse dahi gözükmeyecek.

Yalnız Google, 2014 yılından bu yana belirtilen linklere erişimin engellenmesi için yapılan talepleri kabul etse de, bunu Avrupa Birliği ülkelerinde yaşayan kullanıcılarla sınırlı tutuyor. Kişiler burada, engellenmesini istediği linkleri ve bu linklere ulaşılmasını sağlayan özel terimleri bildirerek başvuruyor.

Google bu linklerle belirtilen terimlere erişimi engelleyebiliyor ancak; bu linkler başka arama terimleriyle gözükmeye devam ediyor. Ayrıca bu linkleri Avrupa Birliği ülkelerindeki Google sitesinden kaldırıyor, fakat Avrupa Birliği dışındaki global Google arama sitelerinde linkler devam ediyor.

Google, Avrupa Birliğinin 2014 yılında çıkardığı kanuna dayanarak bu uygulamayı gerçekleştiriyor ve bu 32 Avrupa Birliği ülkesini kapsıyor. Türkiye bu listede yer almıyor. Fakat Türkiye'de yetişkin ve çocuk bireyler kendileri için uygunsuz bir içeriğe rastladıklarında Google'a bireysel olarak başvurabiliyorlar. Burada Google bu erişimi kaldıracağını garanti etmiyor, ancak yapılan incelemeler neticesinde uygun görürse bu içeriği kaldırabiliyor.

Dijital Medya ve Çocuk Projesi



İstanbul Bilgi Üniversitesi Medya Bölümü öğretim üyesi Yrd. Doç. Dr. Esra Ercan Bilgiç'in koordinatörlüğünde yürütülen Dijital Medya ve Çocuk Projesi, çocukların dijital medyayla ilişkisinde öne çıkan güncel akademik tartışmaları Türkiye'deki ebeveyn, eğitimci ve ilgililerin gündemine getirmeyi amaçlıyor. Bilimsel araştırmaya dayalı ve akademik olarak güvenilir veri, enformasyon ve bilgiler uzman değerlendirmesinden geçirildikten sonra anlaşılır bir dille dijitalmedyavecocuk.bilgi.edu.tr sitesinden yayınlanıyor. İstanbul Bilgi Üniversitesi İletişim Fakültesi Medya Bölümü'nün bu projesi, İletişim Fakültesi son sınıf öğrencileriyle birlikte yürütülüyor.

Belleğin Hukuku Olarak Unutulma ya da Hatırlama Hakkı

Unutulma hakkının çekirdeğini ve demokratikliğini, yapılan müdahalenin sansür niteliği taşıyıp taşımaması belirler

Işıl Kurnaz*



Belleğin sınırlarının, hakların sınırlarıyla kesiştiği yerde, hukuk bir hafıza mekânı olarak da işlevine devam eder. Hukuk, sadece teknik ve kapalı bir adalet anlayışının aracısı olarak değil, hafızayı diri tutma biçimi olarak da işlevseldir. Haklar, mevcut ve verili siyasal sistemlerin kapalı sayı ilkesiyle oluşturduğu şeklî yetkilerden ziyade, mücadele yoluyla sınırları genişletilebilen kazanımlar olarak anlam kazanır. Bireysel ve kolektif tarihin ve tarih yazımının belleğin bir uzantısı, hafızanın bir mekânı olarak kurulduğu yerde, aynı belleğin imkânı ve imkânsızlığından, sınır ve sınırsızlığından türeyen yeni hak tanımları, daha doğrusu mevcut hak tanımlarının içine yedirilen yeni yaklaşımlar, hukukun başka bir anlamının daha olduğunu gösterir. Kapalı, şeklî, kanunî olana hapsedilmiş olan hukuk anlayışının ötesinde, kendinden yeniden türeyebilen, bölünebilen ve bölündüğü yerde birleşebilen, sınır noktalarına vardığında onu aşmaktan kaçınmayan bir hukuk anlayışı ile hak tanımlarının bitiş noktalarından yeni başlangıç noktaları yaratmak mümkün hâle gelir.

Unutulma hakkı, koşulsuz ve sınırsız teknolojik imkânlara, sonlu insan belleğinin sınırlı gücünün ötesine geçen erişilebilirliğe, zamanın ve mekânın ötesinde yaratılan sonsuz bir hafızaya hukuki bir cevap olarak varlığını bulmuş ve bulmaya devam etmektedir. Toplumsal bellek yaratımının kültür ve bireysel hafıza üzerinden işleyişini anlatan Beatriz Sarlo, başka bir bağlamda da olsa, "Bir bireyin, bir toplumun, bir ulusun bütünlüğünün hatırlamaya –yani kendisine ve başkalarına ait olguları kaydetme, koruma, yansıtma yeteneğine bağlı olduğunu kabul edersek, geçmişin bugün üzerinde sürekli etkide bulunacağını görürüz." der.[1] Burada kilit nokta, hafızanın –sonsuz ve sınırsız, her an erişime açık bir hafızanın, geçmişin yüküyle bugün ve gelecek üzerindeki süreğen etkisidir. Unutulma hakkı, felsefesini bu noktadaki süreklilikten alır.

Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi tarafından da kabul edilen bu hak, AİHS ve diğer uluslararası hukuk kaynakları tarafından Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı ile İfade ve Haber Alma Özgürlüğü Hakkının kesiştiği noktada konumlanır ve tartışılır.

Uluslararası Hukuk ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Bağlamında Unutulma Hakkı

Unutulma ya da hatırlama hakkı, AİHS'in 8. Maddesindeki "Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı"nın bir görünümü olarak ifade edilir.[2] Bu hak, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Google İspanya v. Gonzales[3] kararı ve AİHM'in 2013 tarihli Wegrzynowski ve Smolczewski v. Polonya kararı ile geniş düzlemde tartışılmış, her iki kararda da ihtimallerin doğurduğu boşluklara cevap aranmıştır. Sansürle özel hayata saygı ilkesinin kesiştiği noktalarla, kişilerin ifade özgürlüğüyle daha üstün nitelikteki kamusal yararın korunması durumunun yarattığı çatışmalar gösterilmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, Google İspanya kararı ile Avrupa vatandaşlarının unutulma hakkının korunabilmesi için, Google gibi arama motorlarının belli içerikteki arama sonuçlarını kaldırarak sansür uygulamasının gerekliği olduğu kanısına varmıştır. Buna göre bir kişi, kendisiyle ilgili yetersiz, hâlihazırda gereksiz ya da uzun vadede gereksiz olacak bir kişisel bilginin kendi ismiyle yapılan arama sonuçlarından kaldırılmasını talep edebilir. Bu karar aynı zamanda, bu talebin Google tarafından temelsiz olarak reddedilmesi hâlinde, kişiye, ülkesindeki Erişim Sağlayıcıları Birliklerine ya da mahkemelere başvurma hakkı tanır.

AİHS md. 10, sadece ifade özgürlüğü ile ilgili değil aynı zamanda bilgi ve haber alma özgürlüğüyle de ilintilidir. Hakkın iki öğesi de, unutulma hakkının bir parçası görünümdedir.[4] Kişilerin özel nitelikli üstün çıkarlarının korunması amacıyla ifade ve haber alma özgürlüğüne yapılan müdahalenin orantısız olması durumu saklı kalmak kaydıyla, unutulma hakkının uygulandığı bir durumda, geri kalanın yani toplumun bilgi ve haber alma özgürlüğüne bir sansür de eşzamanlı olarak ortaya çıkar. İşte unutulma hakkının çekirdeğini ve demokratikliğini, yapılan müdahalenin sansür niteliği taşıyıp taşımaması belirler.

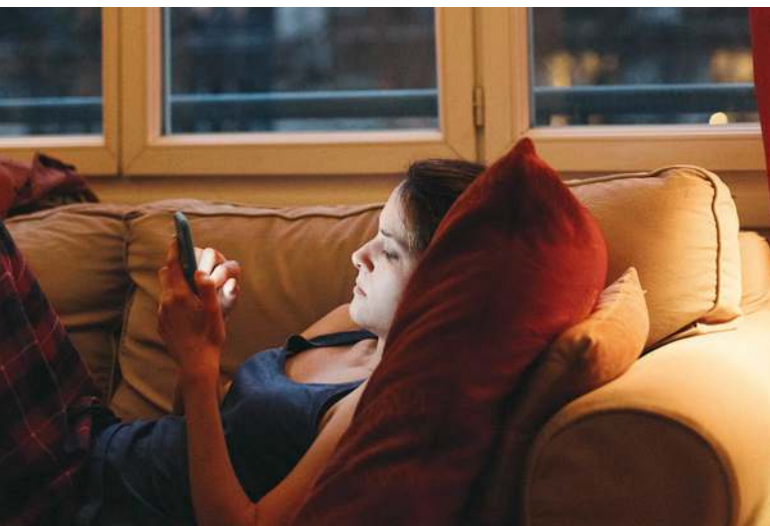
Wechsler'in unutulma hakkına ilişkin veciz sözü, hakkın oluşumuna ışık tutar. "Bu hakka ilişkin bir zorluk da yasa koyucunun, internetin sonsuz hafızasıyla başa çıkmaya çalışmasıdır."[5]

Unutulma hakkının içeriği, beşeri hafızanın kendisini olmasa da sınırlılığını alt etmiş sanal hafızanın, her an erişime açık, ulaşılabilir ve kaybolmaz, unutulmaz niteliğiyle ilgilidir. Kişilerin geçmişlerine ilişkin şahsi bilgiler, yazılı belgeler mevcut olsa bile zaman içinde erişim zorlukları ve beşeri belleğin imkânlarıyla kaybolmaya ve unutulmaya yüz tutar. Ancak internetin sanal zamanı her nevi bilgiyi her daim erişilebilir, dolayısıyla ulaşılabilir kılmaktadır. Ulaşılabilirliğin yeni mümkünü artık erişimdir ve teknolojik bir ifade olan erişim artık zamanın ve mekânın sınırlılığını aşan bir ulaşım kapasitesine sahiptir.

Avrupa Birliği'nin 1995 tarihli Verilerin Korunması Direktifi de kişisel verilerin, ilgili kişinin rızasının olmadığı amaçlarla kullanımını engelleyerek hakkın ilk basamağını oluşturmuştur. Ancak kabul etmek gerekir ki 1995 tarihinin sınırlı teknolojisi, bugünkü arama motorlarını öngöremediği için ilgili direktif, unutulma hakkını barındırmadığı gerekçesiyle eleştirilemez ve bu durum unutulma hakkı aleyhine bir sonuç yaratmaz.

Google İspanya v. Gonzalez Kararı

Google İspanya v. Gonzalez kararının önemi, arama motorlarının veri işlemcisi olarak kabul edilip edilmeyeceği ve arama sonuçlarından sorumlu kılınıp kılınamayacağıdır. Karara göre arama motoru Google'ın şahsi bilgi içeren belirli bir içeriği, ilgilinin talebi üzerine kaldırma yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük de unutulma hakkının özünü oluşturur. Başvuran, Google'nın ilgili verilerin denetleyicisi olduğunu iddia etmiş ve bu bağlamda Direktif'le bağlı olduğunu söylemiştir. Dava konusu kişisel bilgi, gereksiz ve miadını doldurmuş içeriğinden dolayı kaldırılmıştır. Karar, Amerika Birleşik Devletleri gibi ifade özgürlüğünün, özel hayatın gizliliği karşısında ağır bastığı toplumlarda eleştirilmiştir[6] ancak Adalet Divanı, Google'ı üçüncü tarafın kaynak olduğu internet sitelerindeki içerik için dahi sorumlu kılmıştır. Verilerin Korunması Direktifi, kişisel verinin yeterli, ilgili olmasını ve toplanma amacını aşarak kullanılmamasını şart koşarken, güncellenmesini ve gerektiğinden fazla uzun süre saklanmamasını belirtir.[7] Bu koruma mekanizması, veri sağlayıcılarını kişisel verileri sonsuz bir zaman aralığında saklamaktan alıkoymakla beraber, verinin doğruluğu, güncelliği ve toplanma niyetiyle orantılığı hususunda da sorumlu kılar. Verinin ancak kamu ya da sağlayıcının yararı halinde işlenebileceğini, bu yararın da veri sahibinin üstün nitelikteki bir temel hak ve özgürlüğüyle çatışmaması hâlinde sağlanabileceğini ifade eder.



Bilgi, tek başına nötr olan bir olgu değildir, aksine tarihin nasıl yazıldığını ve hatırlanacağını da belirler. Tarih yazımının ve tarihi hatırlamanın ilk basamağı, belleğin kuruluş ve işlenme biçimiyle ilgilidir. İnternet ve arama motorlarıyla bu hafıza, uçsuz bucaksız bir alan olarak sınırsızlaşmıştır. Kimliğin inşa süreçleri de kültürün oluşma, yaşanma ve algılanma biçimleri de belleğin sınırlı dünyasını dolaşıma sokar. Bu sınırlı dünyanın çıkışında ise, internetin sadece bir araç olarak değil, bir belirleyici olarak da fonksiyonu vardır. İnternet artık sadece farkındalık yaratmak için kullanılan araçsal bir mekanizma değil, yeni ve çoklu kimlikler yaratan bir yaşama mekânıdır.[8] Bu yaşama mekânı, sadece internetin nesnelikten özneliğine uzanan mekânıyla değil, aynı zamanda içeren, kapsayan, tüketen, üreten yani yaşayan bir mekanizma olmasıyla ilgilidir. Unutulma hakkıyla artık tartıştığımız bu mekanizmanın belli bir noktada silen ve dışlayan bir özelliği de haiz olması gerektiğidir. Sınırsız ve sonsuz kapsayıcılığın, kimliğinin internet üzerinde her an erişilebilir kılınması yoluyla kişi hak ve özgürlüklerini ihlal ettiği, bu sebeple araç olmaktan çıkmış bu yeni öznenin, içerdiği oranda dışlaması, hatırladığı oranda unutması gerektiği de aşikârdır. Buradaki bir diğer önemli husus da, artık hem hatırlayanın hem de unutanın internet, hatta Google olmasındaki hafıza sahipliği ve toplumsal belleğin yaratım süreçlerindeki rolüne ilişkin durumdur. Artık hatırlamak ya da unutmak talebi bir kişiye değil, insana ait özelliklerin insan dışı varlıklara aktarılmasıyla "kişileştirilmiş" olan internet/ Google'a yönelmektedir.[9]

Unutulma hakkı, uygunsuz bir sansüre dönüştüğünde, bu sefer haklar sıralaması yer değiştirir ve kişinin özel hayatına saygı ilkesinin ağırlığını, kamu yararı ile ifade ve haber alma özgürlüğü alır

Kişinin, şahsi verilerine erişilmesinde kontrolü olması ile istihdam ve benzeri karar alım süreçlerinde rahatlıkla erişilen bu bilgilerin kişinin aleyhinde kullanılmaması için gerekli olan unutulma hakkı, uygunsuz bir sansüre dönüştüğünde, bu sefer haklar sıralaması yer değiştirir ve kişinin özel hayatına saygı ilkesinin ağırlığını, kamu yararı ile ifade ve haber alma özgürlüğü alır. Ayrıca bir diğer nokta da temyiz kudretine sahip olmayanların rızası dışında tutulan kişisel bilgileri, ilgili kişinin kişilik, kimlik ve itibarını ciddi oranda kısıtlar. Bu kısıtlama, geçmişte olanın her an erişilebilir olmasının bir sonucudur. Cezalarını çekmiş olan suçluların, hayatlarının geri kalan dönemlerinde basit bir internet taramasıyla geçmişleriyle sürekli karşı karşıya bırakılmaları, ceza infazında da yeri olmayan ek bir cezalandırma niteliğindedir.

Unutulma hakkıyla yapılmaya çalışılan şey, tarihin yargı kararları yoluyla bir yeniden yazımı ya da saklanması değil, aksine internetin sınırsız dünyasının tarih yazımını magazinleştiren erişilebilirliğini dengelemektir. Times Newspapers Ltd v. United Kingdom[10] kararında ayrımı yapılan nokta da, devletler tarafından yarışan hakların -ifade ve haber alma özgürlüğü ile özel hayata saygı ilkesinin- dengelenmesi için kullanılan takdir yetkisinin geçmiş olaylarda daha fazlayken, güncel olaylar için daha az olması gerektiğidir. Unutulma hakkının her hal ve şartta sansür olduğu ifadesi, bu ayrımla cevaplanmaktadır. Zira amaç

sansürlemek değil, yarışan haklar arasında denge sağlanması meselesidir.

İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2013/235 değişik iş sayılı kararında, unutulma hakkı istenen olayın tarihte görünür bir gerçekliğe işaret etmesi ve arşiv niteliğinde olduğu, kişilik hakları ihlal kastının ve saldırı niteliğinde cümlelerin olmadığı gerekçesiyle, ilgili içeriğin kaldırılmasına ilişkin itirazın kabulü ile unutulma hakkını tanımaması, unutulma hakkının henüz diğer hakların bağlamında düşünülememesinin bir sonucudur.

Wegrzynowski ve Smolczewski v. Polonya Kararı

Karar konusu olay, yazılı basında çıkan bir haber ile özel hayata saygı hakkı ile itibarının zedelendiğini düşünen başvurucu iki avukatın, haberi yapan gazeteyi dava etmesi sonucu, gazeteciyi mahkûm ettirerek, habere ilişkin yazılı basında tekzip yayınlatması olayı ile ilgilidir. Karar, unutulma hakkına farklı bir boyut kazandırmıştır çünkü başvurucular, daha sonra yaptıkları bir internet taramasında, yazılı basında tekzip yayınlanan haberin içeriğinin gazetenin internet sitesinde aynen durduğunu fark etmiş, bunun üzerine tekrar mahkemeye başvurmuşlardır. Ancak Polonya Mahkemeleri, son açılan davanın, ilk başvuru sırasında mevcut olan vakıalarla ilgili olduğu ve yeni bir vakıa olmamasına rağmen tekrar dava açıldığı gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir. Bunun üzerine AİHM'e giden başvuruculardan birinin iddiası, 6 aylık süre içinde başvurmadığı için reddedilirken, diğeri için mahkeme gerekçesinde, gazetenin, haberin internet sitesindeki içeriği silmesinin gerekmediği ancak içeriğe, mahkeme kararına ilişkin bir bilgi notu koyması gerektiği belirtilmiştir. Basının, toplumun gözlemcisi olduğu vurgulanan kararda, mahkeme kararıyla bir içeriğin tarihten tümüyle silinerek tarihi yeniden yazmanın ya da silmenin, yargının görevi olmadığı ifade edilmiştir. Unutulma hakkıyla kastedilen, yargı eliyle sansür mekanizmasının tarih yazımında da işlevselleştirilmesi değil, kişilerin, geçmişte yaşadığı kötü olayların toplum hafızasından silinip unutularak geleceğini serbestçe şekillendirme hakkıdır. Yargıtay'ın ilgili kararında ifade ettiği gibi bu hak, yalnızca dijital ortamdaki veriler için değil, kamunun erişimi altında olan her türlü kişisel veri içindir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararında da bir kişinin isminin rumuzlanmadan bir kitapta yer almasının unutulma hakkını ve bunun neticesinde özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği ifade edilmiştir.[11]

Anayasa Mahkemesi de 3.3.2016 karar tarihli N.B.B. Başvurusu ile ilgili olarak unutulma hakkına yer vermiş, ölçülülük ilkesi temelindeki bir değerlendirmeyle haberin tamamen silinmeden, sadece kişisel verilerin silinerek basın özgürlüğüne yönelik müdahalelerin ortaya çıkmamasının sağlanabileceği ifade edilmiştir. Wechsler'in de ifade ettiği gibi, toplumun bilgi sahibi olmasında ciddi yarar olan kişisel bilgilerin silinmesi hâlinde, zaten muğlak bir kavram olan kamu yararı zedelenecektir. Politikacıların, siyasi kariyerlerine zarar verecek türden bilgilerin seçmenlerinden saklanması, hekimlerin görevi kötüye kullanma ya da yanlış tedaviye ilişkin bilgilerin saklanması, bir bankacının dolandırıcılık suçuyla ilgili haberi tamamen silinmesi gibi durumlar, hem internet sitesinin ifade özgürlüğüne hem de kamunun bilgi edinme ve haber alma hakkına aykırılık teşkil eder. AİHM de politikacıların kişisel bilgilerinin saklanması talebini, demokratik toplum için gerekli bulmayarak reddetmiştir.[12] Bu gibi durumlarda toplumun bilgi edinme hakkı, kişisel haklara nazaran daha fazla korunmaktadır.

Kişilere unutulma hakkı tanınmasından sonra değişen koşullar gereği hakkın tanınmasının, kamu yararına ve toplumun bilgi edinme ve haber alma hakkına aykırılık teşkil edeceği durumlar görülebilir. Hakkın kapsamını değiştirecek olan bu koşullarda, yarışan hakların dengelenmesi meselesi önem kazanacaktır. Unutulma hakkının, toplumu bilgi edinme ve haber alma hakkından yoksun bırakarak tamamıyla bihaber kılmak amacıyla kullanılması, hakkın içeriği ve amacıyla örtüşmeyecek, toplumsal bir hafızasızlığı hukuk eliyle mümkün kılacaktır. Unutulma hakkı, sadece gereksiz, yetersiz ve güncelliğini yitirmiş kişisel bilgilerin toplum hafızasından silinmesini isteme hakkı değil, toplum için yararlı bilginin sansür ya da siyasi baskı neticesinde toplumdan saklanarak erişilemez kılınmasına karşı da bir kalkandır. Zira hakkın içeriği, yarışan haklarla maluldür. Unutulma hakkının ihlal edilmesi hâlinde, unutulmak isteyen kişinin mahkemeye başvurma hakkı ile temyiz hakkı saklıyken, kamu yararı açısından toplumun haber alma hakkıyla ilintili olan içeriğin kaldırılması hâlinde, bu sansür mekanizmasından haberdar olmayan toplum kesimlerinin hakları, onlar farkında olmadan ihlal edilmiş olmaktadır. Sansürün iç mantığı gereği ihlal edilen hakkından bihaber olanların gerekli hukuki süreci başlatmaları zorlaşmaktadır. Bu sorun, unutulma hakkının iki paralel görünümüyle arasında kurulmuş asimetrik ilişkinin bir sonucu olarak doğmaktadır. Unutulma hakkı, toplumsal hafızadan silinmek hakkı kadar, toplumsal hafızaya işlenmek hakkını da taşıdığı müddetçe, tarihin yargı eliyle yeniden yazılması ve toplumun hafızasızlaştırılması engellenecektir.

İnternet artık sadece farkındalık yaratmak için kullanılan araçsal bir mekanizma değil, yeni ve çoklu kimlikler yaratan bir yaşama mekânıdır

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mezunu, LL.M. İsveç Raoul Wallenberg Enstitüsü ve Lund Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Bölümü

1. Beatriz Sarlo, Geçmiş Zaman
2. Developments in the Right to be Forgotten, Dominic McGoldrick, Human Rights Law Review 13:4.
3. C-131/12, Google Spain SL v. Agencia Espanola de Proteccion de Datos Gonzalez, 2014, E.C.R. 317.
4. The Right to Remember: The European Convention on Human Rights and the Right to Be Forgotten, Simon Wechsler, Columbia Law School.
5. İbid, . 136.
6. Alex Hern, Wikipedia Swears to Fight 'Censorship of 'Right to be Forgotten' Ruling, The Guardian.
7. Council Directive 95/46, article 6, paragraph 1, 1995.
8. Foresight Future Identities – Changing Identities in the UK: The Next 10 Years (London, 2013.)
9. Bu noktadaki zihin açıcı yazı için "Mayer-Schonberger and Cukier, Big Data: A Revolution That Will Tranform How We Live, Work and Think, Boston: Houghton Miggin, 2013.
10. AİHM kararı
11. E.N: 2014/ 4-56, K.N: 2015/1679
12. Application no: 37374/05.

Türk Hukuku Mevzuatı ve Farklı Felsefeler Açısından

"Cinsel İstismar Tasarısı"

Şu gerçeğin farkına varmamız gerekir; çocukların rızası olmaz, çocukların hayali olur

Cemre Belçim Gölbaşı
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencisi

Türkiye, 14 Ekim 1990 tarihinde Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni (ÇHS) imzaladı ve 27 Ocak 1995 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlayarak yürürlüğe soktu. ÇHS'nin dört temel ilkesi şunlardır; ayrım gözetmeme (madde 2), çocuğun yüksek yararı (madde 3), yaşama ve gelişme hakkı (madde 6) ve katılım hakkı (madde 12).[1] Bu yazıda Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Türk hukuku mevzuatında çocuklara tanınan haklar çerçevesinde yakın zamanda meclise sunulan ve şimdilik rafa kaldırılan cinsel istismar tasarısının hukuki analizi yapılmıştır.

Söz konusu kanun tasarısının geçici 1. maddesine eklenmesi teklif edilen fıkra şöyle:

"(2) Cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın 16/11/2016 tarihine kadar işlenen cinsel istismar suçundan, mağdurla failin evlenmesi durumunda, ceza açıklanmasının geri bırakılmasına, hüküm verilmiş ise cezanın infazının ertelenmesine karar verilir.

Zamanaşımı süresi içinde evliliğin, failin kusuruyla sona ermesi halinde fail hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına veya cezanın infazının ertelenmesine karar verilmesi durumunda, suçtan azmettiren veya işlenişine yardım edenler hakkında kamu davasının düşmesine veya infazının ortadan kaldırılmasına karar verilir."

ÇHS'nin 1. maddesi çocuğu şöyle tanımlar; "daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır." Türkiye ve Malta Avrupa'daki en yüksek (18), İspanya ise en düşük (13) cinsel rüşt yaşına sahiptir ve 2015 yılında Türkiye'de TCK uyarınca 2.683.676 cinsel istismar davası açılmış, bunların yüzde 55.9'u beraat kararıyla sonuçlanmıştır.[2]

Cinsel istismar nedir? 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlardır.[3]

Cinsel İstismar Suçunun Cezası

5237 sayılı TCK'da çocuğa cinsel istismar suçunun cezası sekiz yıldan on beş yıla kadar, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun cezası ise (şikayete bağlı olarak) iki yıldan beş yıla kadar hapis olarak öngörülmüştür. Söz konusu kanun tasarısının gerekçesi olarak "cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın işlenen cinsel istismar suçunda, mağdur ile failin evlenmesi durumunda fail hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına veya cezanın infazının ertelenmesine imkan veren düzenleme yapmak" gösterildiği için TCK madde 103 ve 104'e konu olan bu suçların, dünya vatandaşı olmamız sebebiyle farklı felsefelerin bakış açılarının ve uygulamadaki yansımaların birlikte değerlendirilmesinde fayda vardır.

Olması gereken hukuk sistemini düşünürken çoğu insan geleneklerden etkilenir ve soy ağacına tırmanır, bu çözüm yöntemi mutlaka kanun değişiklikleriyle çözümlenmesi gerekmeyen ve bilinçsiz olarak oluşan önyargılara neden olabilir. İnsan zihni algılayabildiğinin ötesini göremez ve zamanla fikirlerinde yozlaşır, günümüzde ataerkil geçmişin izleri azalmaya başlasa da hukuki yaşamda etkisini kaybettiği söylenemez.

Yasal düzenlemelere hükmeden normlar, bu normların somutlaştığı örneklerin sınırlarını aşabilir. Normlar açık ve belirgin olabilir ya da olmayabilir, ancak toplumsal uygulamada normalleştirici ilke işlevi gördükleri zaman genellikle örtük, okuması zor haller alırlar ve en berrak ve en çarpıcı biçimde, yarattıkları etkiler ve sonuçlar aracılığıyla ayırt edilirler.[4] 15 yaşındaki veya altındaki çocukların evlendirilmesini kabul eden bir görüşün yasal bir düzenlemenin harici yetki alanına girmesi toplumda büyük bir tepkiyle karşılaşmıştır çünkü sosyal yardımlardan yararlanmaya ehil tarafların kimler olduğuna hükmeden kanunlar, sosyal yardım alacak kişiler normunun üretimini aktif biçimde tatbik eder.

Evlenme Yaşı

4721 sayılı Medeni Kanunun 124. maddesine göre evlenme yaşı yasal temsilcinin iznine bağlı olarak 17'dir ve olağanüstü durum ve pek önemli bir sebebin bulunduğu durumlarda hakim kararıyla 16'dır. Yasa koyucu olağanüstü durumların mevcudiyetine rağmen on yedi yaşını doldurmamış kişilerin evlenmelerinin yasaklanmasının, evlilik dışı ilişkilere neden olacağını göz önünde tutarak böyle bir düzenlemeye yer ver-

miştir. Bu nedenle bu olağanüstü durumların mevcudiyeti halinde, on yedi yaşını doldurmak koşulundan ödün verilmiştir.[5] Söz konusu cinsel istismar tasarısının koruma altına almayı amaçladığı mağduriyet bu açıdan bakıldığında zaten yürürlükte olan Medeni Kanunumuzda öngörülmüştür. Yeni düzenlemeyle ilave olarak yaş sınırı 16'dan 15'e indirilmiştir.



Emrah Arıkan'ın karikatürü, bu yıl 33.'sü düzenlenen Aydın Doğan Uluslararası Karikatür Yarışması'nda, "Güçlü Kızlar, Güçlü Bir Dünya" Özel Ödülü aldı.

Dini Tören Sorunu

TMK madde 143'e göre de aile cüzdanı gösterilmeden evlenmenin dini töreni yapılamaz, bu hüküm evliliğin üç tarafı olduğunu açıkça belirtmektedir: kadın, erkek ve evliliği tanıyan devlet. Devlet, ancak kanunda belirtilen evlilik şartlarının gerçekleşmesiyle evliliği tanır ve koruma sağlar. 13 yaşındaki bir kız çocuğunun dini evlilik yapıp "suç olduğunu bilmeyen" kocasının hapse atılmasıyla kucağında bebeğiyle kalmasının çözümü kocayı hapisten çıkarmak değildir. Haksızlığa maruz kalan ve sonra da susturulan bütün kızlar, sesini birlikte duyurmalıdır.[6] Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz, kanun koyucu kanunu hazırlarken hiçbir suç için bu ilkenin istisnasını belirtmemiştir. Kanun koyucunun amacı dikkate alınmalı ve keyfi düzenlemelerin önüne geçilmelidir.

Ülke genelinde artan pedofili vakaları ve çocuk eğitiminde ve tanımında gösterilmesi gereken hassasiyet düşünüldüğü zaman atılacak ilk adım suçu önlemeye yönelik olmalıdır. Bu nedenle önce şu gerçeğin farkına varmamız gerekir; çocukların rızası olmaz, çocukların hayali olur.[7] ÇHS'nin 34. maddesinde taraf devletlerin her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suistimale karşı koruma güvencesi verdikleri, 6. maddesinde çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan çabayı gösterdikleri ifade edilmiştir. 15 yaşındaki veya altındaki bir çocuk "evlendirilmiştir", bedensel, zihinsel, ruhsal ve toplumsal büyüme evreleri hiçe sayılarak hak ve özgürlüklerine ciddi bir zarar verilmiştir.

Geçici Kanun Niteliğinin Sonuçları

Cinsel istismar ile ilgili Ceza Muhakemesi Kanunu tasarısına ek olarak "geçici madde" niteliğinde kanun değişikliği öngörülmüş ve belli bir tarihten önce işlenmiş suçlar için (16.11.2016) bir defalık uygulanacağı bildirilmiştir. Bir kısım ceza kanunları, olağanüstü halleri ve geçici durumları karşılamak amacıyla ve dolayısıyla nitelikleri yönünden geçici olarak veya kanun metninde açıkça belirtilen süre kadar yürürlükte kalmak üzere meydana getirilirler. Bu tür kanunların, nitelikleri gereği, yürürlükte bulundukları süre içinde işlenmiş bütün suçlar hakkında uygulanmaları zorunludur.[8] Söz konusu tasarı bu niteliğiyle gelecekte açılabilecek davalara "ileriye yürütme" imkanı da sağlamaktadır.

Sonuç Olarak

Belli başlı bazı edimleri (cinsel taciz, cinsel konuşma, sosyal yardım yolsuzluğu) denetlemeyi ve kısıtlamayı araştıran düzenlemeler, yaptıkları ve bozdukları hayatları aynı anda hem şartlandıran ve koşullara bağlayan hem de bu hayatların sınırlarını aşan soyut normlar uyarınca bireyler yaratmak ve oluşturmak gibi[9] gözden kaçırılan başka bir faaliyette de bulunurlar. Bilinçli bir toplum, öngörülemeyen veya kafa çevrilen haksızlıkları daha kolay görür ve isyan eder. Toplumsal kurumların ilk erdemi adalettir[10], devletin öncelikli görevi adil yasalar hazırlayıp vatandaşını korumak, haksızlığa uğratanlara yaptırım uygulamaktır. Dini evlilik ve cinsel istismar kanunların ve ÇHS'nin koruduğu kavramlar değildir, çocukların geleceğimiz olduğu düşünüldüğünde toplumda kısmen daha fazla yara açan bu suçlar hakkında mağduriyet düzenlemesi yapılırken öncelikler titizlikle belirlenmelidir.

Çocukların hayalleri, umutları, gelecekleri, oyuncakları vardır. Her oyuncağın kırılmaya hakkı vardır ama bir çocuğun asla.[11]

KAYNAKÇA

1. "Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (UNICEF)" http://www.unicefturk.org/public/uploads/files/5db1679769f48db888ea765a01dfc8ca9ff67b70.pdf
2. http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/CEZA/48.pdf
3. 5237 Sayılı TCK md. 103/1/a,b
4. Judith Butler, Undoing Gender, Routledge, 2004
5. "Aile Hukuku", sayfa 46, Prof. Dr. Ahmet M. Kılıçoğlu
6. "Ben, Malala", Malala Yusufzay ve Christina Lamb, Epsilon, 2016
7. Dr. Bahar Eriş'in Türkiye Zeka Vakfı Kongresi'nde yaptığı konuşmadan bir alıntı.
8. TBMM, Dönem:22, Yasama yılı:2, sıra sayısı:664, sh.410
9. Judith Butler, Undoing Gender, Routledge, 2004
10. John Rawls, "Adalet", Michael J. Sandel, BigBang Yayınları, 2015
11. Şermin Çarkacı, TZV Kongresi konuşmasından bir alıntı.

Hakkaniyet ve Zilyetlik İlişkisi Bağlamında Popov v. Hayashi Davası

Uyuşmazlığı çözmek için ise hangi tarafın savının daha nitelikli olduğu bulunmalıdır. Mahkemeye göre, her iki tarafın da argümanları eşit niteliktedir

Av. Can Yavuz

Romalılara göre "hukuk adaleti ve hakkaniyeti gerçekleştirme sanatıdır" (ius est ars boni et aequi). Bazen öyle uyuşmazlıklar ortaya çıkar ki, bu sanatın büyük bir özenle icra edilmesi gerekir. Bu kısa çalışma kendisi basit fakat sonuçları komplike bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması hakkındadır.

Olaylar

Amerikan beyzbol tarihinin en başarılı sporcularından sayılan Babe Ruth lakaplı Georhe Herman Ruth Jr.[1] bir sezonda (1927 yılı) 60 sayı turu[2] (home run) ile kırılması zor bir rekora imza atar. Rekor aradan geçen yıllarda iki kez geliştirilir.[3] 2001 senesi beyzbolseverler için tarihi bir anı barındırmaktadır. Çünkü beyzbolcu Barry Bonds kırılması imkânsız olarak görülen bir sezonda en fazla sayı turu vuruşu yapma rekorunu geliştirmek üzeredir. Beyzbol Kaliforniya'da en popüler sporlardan birisidir ve taraftarlar bu tarihi ana tanıklık etmek istemektedirler. Bu nedenlerden dolayı, 7 Ekim 2001 tarihindeki maçta tribünler tamamen doludur. Tribünlerdeki tüm taraftarların arzusu Barry Bonds'un sayı turu vuracağı topu yakalamaktır. Çünkü top sadece manevi değil aynı zamanda maddi anlamda da ciddi bir değere sahip olacaktır.[4] Topu yakalama amacıyla gelen sayısız taraftardan ikisi Alex Popov ve Patrick Hayashi'dir. Daha sonra davacı ve davalı olarak karşı karşıya gelecek bu ikili topu yakalamak için beyzbol eldivenlerini takıp tribündeki yerlerini almıştır.[5]

Maç başlar ve bir süre sonra Barry Bonds tarihi yetmiş üçüncü sayı turu vuruşunu yapar. Tanık beyanları ve görüntülere göre olaylar şu şekilde gelişir: Top tribünlere doğru gelir; Alex Popov beyzbol eldiveniyle topun gidişatını durdurur. Fakat Popov'un topu tam hâkimiyeti altına alıp almadığı tanık beyanlarından veya görüntülerden anlaşılamaz. Tam bu sırada Popov oluşan büyük bir arbede sonucu kendisini yerde bulur. Kargaşada bazıları topu almak için kasıtlı şekilde Popov'un üstüne çullanırken diğerleri arbedenin etkisiyle istemeden kendilerini yerde bulurlar. Popov bu süreçte kendisini birçok kişinin altında bulur, nefes almakta zorluk çeker ayrıca tekmelenir. Bunun yanı sıra, bazı taraftarlar Popov'un beyzbol eldivenine uzanırlar. Kargaşadan kimin sorumlu olduğu tanık beyanlarından veya görüntülerden anlaşılamaz.[6]

Kargaşa sırasında top Popov'un eldiveninden (veya o civardan) ayrılır. Topun Popov'un eldiveninden (veya o civardan) tam olarak ne zaman, ne şekilde ve neden ayrıldığı görüntülerden veya tanık beyanlarından anlaşılamaz. Bu sırada, kargaşa sebebiyle kendisini istemeden yerde bulan ve tüm bu olayların gelişiminde herhangi kusuru olmayan Patrick Hayashi topu görüp alır, ayağa kalkar ve onu cebine koyar.[7]

Güvenlik görevlilerinin müdahalesinden sonra kargaşa yatışır ve Popov yerden kalkar. Popov yerden kalktıktan sonra topu hâkimiyeti altına aldığını ve onu tutma amacında olduğunu dile getirir. Popov, topu tutan Hayashi'yi görünce ona topu kendisine vermesini söyler hatta topu kapmaya çalışır. Bunun üzerine Hayashi topu geri çeker. Sonrasında güvenlik görevlileri Hayashi'yi tribünlerin güvenli bir kısmına götürür.[8]

Olayda altı çizilmesi gereken husus, Popov'un topun tam hâkimiyetini sağlayıp sağlayamadığının, topu tam olarak ne zaman ve ne şekilde kaybettiğinin ve kalabalık Popov'un üstüne çullanmasaydı onun topun tam hâkimiyetini sağlayıp sağlayamayacağının bilin(e)memesidir.[9]



Davacı ve davalı olarak karşı karşıya gelen taraftarlar Patrick Hayashi ve Alex Popov.

Hukuki Uyuşmazlık ve Mahkemenin Kararı

Davacı Popov, zilyetliğinin gaspı (conversion), zilyetliğine zarar verilmesi (trespass to chattel) ve zilyetlik hakkının ihlal edilmesinden dolayı ihtiyati tedbir talepli zilyetliğinin geri verilmesi (constructive trust) davası açar. Davacıya göre, Hayashi topu kendisinden kasten almıştır ve onu geri vermeyi reddetmektedir.[10]

Topa vurulana kadar topun maliki Amerika Ulusal Beyzbol Ligi'dir ve bu konuda bir çekince yoktur. Vurulduğu andan itibaren top malikin arzusu ile terk edilmiş, taşınır mal üzerindeki hâkimiyet sona ermiştir.[11] Amerika Birleşik Devletleri'nde son seksen yıldır beyzbol maçlarına giden taraftarların yakaladığı topları eve götürme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir.[12] Bu nedenle, beyzbol topunu yakalayan taraftar onun maliki olacaktır. Bu konu hakkında taraflar arasında çekince yoktur. Peki, topa kim(ler) malik olmalıdır?[13]

Davanın esası "zilyetlik" tanımı üzerinde yoğunlaşır. Kanunlarda zilyetliğin tarifi yapılmıştır fakat ilgili tanım şartlara göre



Beyzbol topu dava sonuçlanana kadar kasada tutuldu.

değişiklik göstermektedir. Çünkü zilyetliğe ilişkin hukuki uyuşmazlıklar genelde ticari niteliktedir ve farklı ticari sektörler değişik gelenek ve uygulamaları barındırmaktadır. Kanun koyucu bu nedenle açık ve net bir zilyetlik tanımından kaçınmıştır. Davanın tarafları zilyetlik tanımı üzerinde uzlaşamazlar. Mahkemenin uyuşmazlığın çözümüne katkıda bulunması için başvurduğu dört seçkin hukuk profesörü de zilyetliğin tanımı üzerinde mutabık kalamaz.[14]

Bir kişi terk edilmiş bir şeyin zilyetliğini elde etmek için önemli fakat yetersiz adımlar atarsa ve bu çaba diğerlerinin hukuka aykırı hareketi sebebiyle kesintiye uğrarsa, bu durum o kişinin eşya üzerinde hukuken tanınabilir bir ön zilyetlik ilgisini doğurur

Zilyetliğin açık ve net bir tanımı olmaması onun hakkında genel prensipler olmadığı anlamına gelmez. Mahkemenin görüşüne başvurduğu uzman hukukçulardan Prof. Roger Bernhardt'a göre: "Zilyetlik eşya üzerinde fiziki kontrolü ve eşyayı kontrol etme niyetini veya başkalarını eşyadan hariç tutmayı gerektirir. Fakat genellemeler zilyetliğe ilişkin sorunların çözülmesinde doğrudan belirleyici etken olmaktan ziyade yönlendirici ilke işlevi görmektedir."[15]

Diğer uzman hukukçu Prof. Brown ise konu hakkında: "Zilyetliğe ilişkin geleneksel bakış açısına göre zilyetlik iki unsurun birleşiminden oluşur, zilyetin şey ile olan fiziki ilişkisi ve gayesi. Fiziki güç eşya üzerindeki söz konusu fiili kuvvet, eşyayı tutma ve istifade etmektir. Fakat zilyetin yalnızca şey üzerindeki fiziki gücü yeterli değildir. Eşyayı kontrol etme niyetinin ortaya çıkmış olması şarttır."[16]

Huzurdaki davada eşyayı kontrol etme niyetinin açığa vurulması bir sorun teşkil etmemektedir. Çünkü davacı Popov topu kontrol etme niyetini, topu yakalamak için beyzbol eldiveni giyip tribünlere gelerek ve topun gidişatını durdurarak açık ve net şekilde ortaya koymuştur. Esas sorun davacının top üzerinde yeterli ölçüde münhasır hâkimiyet kurup kurmadığıdır. Davalı Hayashi'ye göre bir taraftar beyzbol topunu tamamen hâkimiyeti altına almazsa zilyetlik oluşmaz. Uzman hukukçu Prof. Brian Gray de benzer görüştedir: "Kişi, topu yakalamaya çalışırken, topun ve kendisinin momentumunu sona erdirdiği sırada topun tam hâkimiyetini sağladıysa top yakalanmış sayılır."[17]

Davacı Popov'a göre, topun zilyeti olmak için kişinin topu kapma niyeti ve bunun topun gidişatını durdurarak dışa vurulması yeterlidir. Zilyetlik için topun tam hâkimiyetini sağlamak gerekli değildir. Profesör Finkelman ve Bernhardt'ın da vurguladığı üzere, bazı durumlarda tam hâkimiyet ve kontrol sağlanmasa dahi zilyetlik tanınabilmektedir. Yabani hayvanların avlanılması, balık tutmak ve batmış gemilerin kurtarılması duruma örnek teşkil etmektedir. Bir avcı tarafından ölümcül şekilde yaralanmış vahşi hayvan düşmeden önce bir süre boyunca kaçmaya devam edebilir. Fakat avcı, yabani hayvanın zilyetliğini onun üzerinde tam hâkimiyet kurduğunda (ele geçirme anında) değil silahla vurduğu sırada kazanır. Aynı durum zıpkınla avlanılan balıklar için de geçerlidir. Batmış gemi kurtarma operasyonlarında durumun ve eşyanın tabiatının elverdiği ölçüde çaba sarf edilerek zilyetlik elde edilir. Fakat yetersiz bir çaba zilyetlik savını desteklemekte eksik kalacaktır. Örneğin, batık ve terkedilmiş gemi kurtarma operasyonuna katılacak denizcinin tek başına bir gemiye binip geminin zilyeti olacağını ilan etmesi ona zilyet unvanını kazandırmaz. Burada terkedilmiş gemiye operasyon

yapılması zilyetlik savını dile getirilmesi için şarttır.[18]

Yukarıda açıklandığı üzere, zilyetliğe ilişkin kurallar içinde bulunulan duruma, ilgili sektörün gelenekleri ve uygulamalarına göre değişebilir. Davacı Popov, yukarıda değinilen açıklamalar ışığında, bir şeye zilyet olmak için onu tamamen hâkimiyet ve kontrol altına almanın gerekli olmadığını iddia etmektedir. Fakat yukarıda zikredilen örnekler durumun doğası gereği beyzbol topuna uymamaktadır. Kişinin batık gemiyi veya avcı tarafından vurulduktan sonra kaçmakta olan yabani bir hayvanı o anda elleriyle sarması, tam hâkimiyeti ve kontrolü altına alması imkânsızdır. Bir beyzbol topu için bu durumun tam tersi geçerlidir. Hatta gelenek ve uygulamaya göre, bir beyzbol maçında vurulan topa sahip olmak isteyen taraftarın topu tam kontrol ve hâkimiyeti altına alması yönünde makul bir beklenti vardır. Diğer bir deyişle, zilyet olmak için, yaşanan kargaşanın sona ermesini takiben taraftarın topun tam hâkimiyetini sağlamış olması beklenir. Popov bunu başardığını gösteren delilleri sunmakta yetersiz kalmıştır.[19]

Fakat yukarıdaki bulgu uyuşmazlığın çözülmesinde yeterli değildir. Davacı Popov'un zilyetliği sağlama çabaları, bir grubun ona hukuka aykırı şekilde toplu olarak saldırmasından dolayı kesintiye uğramıştır. Hâkime göre, bu vaka göz önünde bulundurulmadan bir sonuca varmak adil olmaz. Ayrıca, yoğun medya ilgisine maruz kalan bu gibi davalar yurttaşların davranışları üzerinde ciddi etki gösterir. Bu nedenle, huzurdaki davada bir ilke tekrar vurgulanmalıdır: "Biz kaba kuvvetle değil hukukla yönetilen bir ulusuz."[20]

Hakkaniyete göre Popov topu yakalama girişimini hukuka aykırı bir hareket tarafından engellenmeden sonlandırabilmeliydi. Bunu göz ardı etmek davanın gidişatının şiddet tarafından belirlenmesine yol açar. Bu nedenlerden ötürü, mahkeme kararı Popov'un tam zilyetliği sağlayamaması tespitiyle sona ermeyecektir. Uyuşmazlığı çözümü sadece zilyetliği değil aynı zamanda zilyetliğe sahip olma hakkını da kapsamalıdır.[21]

Davacı Popov, huzurdaki davada ya zilyetliğinin ya da zilyetliğe sahip olma hakkının tespitini talep etmektedir. Ayrıca, zilyetlik hakkının ihlal edilmesinden dolayı ihtiyati tedbir talepli zilyetliğinin geri verilmesi talebinde bulunmaktadır. Tüm bu istekler hakkaniyetle bağlantılıdır. Hakkaniyet ilkesi de göz önünde bulundurularak mahkeme şu sonuca varmıştır: Bir kişi terk edilmiş bir şeyin zilyetliğini elde etmek için önemli fakat yetersiz adımlar atarsa ve bu çaba diğerlerinin hukuka aykırı hareketi sebebiyle kesintiye uğrarsa, bu durum o kişinin eşya üzerinde hukuken tanınabilir bir ön zilyetlik ilgisini doğurur. Bu ön zilyetlik ilgisi nitelikli zilyetliğe sahip olma hakkı teşkil eder ve zilyetliğin gaspı (zorla alınan zilyetliğin iadesi) davasını destekleyebilir.[22]

Mahkemeye göre, davacı Popov topun maliki olmak için bir yola çıkmıştır. Varacağı yol ayrımında ya topu başarılı şekilde yakalayacak ve ona sahip olacak ya da topu düşürüp ona zilyet olamayacaktır. Huzurdaki davadaki sorun: Popov'un yol ayrımına gelmeden bir haydut gurubu saldırıya uğraması ve bu nedenle topun kavrayışını kaybetmesidir.[23]

Sorun davacının top üzerinde yeterli ölçüde münhasır hâkimiyet kurup kurmadığıdır. Davalı Hayashi'ye göre bir taraftar beyzbol topunu tamamen hâkimiyeti altına almazsa zilyetlik oluşmaz



Popov'un hukuken koruma altındaki ön zilyetlik ilgisinin tanınması ona nitelikli bir zilyetlik hakkı tanımakta ve Popov'a topu meşru bir şekilde talep etme hakkı vermektedir. Bu çözüm yolu kalabalık grubun hukuka aykırı şekilde verdiği zararlara da gönderme yapmaktadır. Fakat bu çıkarım davalı Hayashi'nin menfaatlerini göz önünde bulundurmadığından, mahkeme tarafların çıkarlarını dengesini gözetmek zorundadır.[24]

Davalı Hayashi hukuka aykırı bir eylem yapmamıştır. Hayashi de Popov'a saldıran haydutların mağdurudur. Aradaki tek fark Hayashi'nin köşeye kaçarak kendisini saldırıdan kurtarmış olmasıdır. Hayashi'nin başıboş topu bulduğu nokta da burasıdır. Bunu takiben, Hayashi topu alıp cebine koyarak tartışmasız şekilde onun tam hâkimiyet ve kontrolünü sağlamıştır.[25]

Popov topun tam zilyeti olamamıştır, yaptığı hareketler onun ancak ön zilyet ilgisi sağlamasına yardımcı olmuştur. Popov'un eylemlerinden sonra Hayashi topun tam zilyeti olmuştur. Hayashi topun zilyeti olmak için her şeyi tam olarak yapmıştır. Buna rağmen, Hayashi topun zilyetliğini edinirken Popov'un top üzerindeki zilyetlik ön ilgisi devam etmekte ve Hayashi'nin malikliğini gölgelendirmektedir.[26]

Topun Popov'a verilmesi Hayashi bakımından adaletsiz olacaktır. Çünkü bu sav Popov'un topu yakaladığı varsayımına dayanır ve bu faraziye gerçeklerle desteklen(e)memektedir. Topun Hayashi'ye verilmesi ise Popov'un cezalandırılması anlamına gelir. Çünkü bu hipotez Popov'un topu düşüreceği varsayımı üzerine kuruludur. Bu husus, tıpkı diğeri gibi, gerçeklerle desteklen(e)memektedir.[27]

Hem davalı hem de davacı temeli olan sağlam savlar ileri sürmektedir. Davanın her iki tarafı da en az diğer kadar itibarı hak etmektedir. Bu sebeple ortada bir ikilem vardır. Bu açmazın çözümünde ise orta yola başvurulmalıdır.[28]

Mahkeme uyuşmazlığın çözümünde "hakkaniyete uygun bölme"[29] (Equitable Division) teorisinden yararlanmaya karar verir. Nazariyenin fikir babası olan Prof. R.H. Helmholz, kay-

bedilmiş veya unutulmuş bir eşyayı bulan kişiyle, şeyin bulunduğu arazinin maliki arasındaki uyuşmazlıkları çözmek için bu kuramı öne sürmüştür. Huzurdaki dava ile ilgili olmayan sebeplerden ötürü, böyle bir durumda hakkaniyete uygun bölme yapılması gerektiği ileri sürülmektedir. Kökeni Roma hukukuna kadar dayanan "hakkaniyete uygun bölme" kuramı, mahkemeye göre, tarafların çatışan iddialarının eşit güçte olduğu durumlarda adalete uygun bir çözüm yolu sağlar.[30]

Mahkemenin önündeki uyuşmazlıkta, hem Popov hem de Hayashi topla temas halindeyken onun kontrolünü sağlamak istemiştir. Uyuşmazlığı çözmek için ise hangi tarafın savının daha nitelikli olduğu bulunmalıdır. Mahkemeye göre, her iki tarafında da argümanları eşit niteliktedir.[31]

Mahkeme, yukarıdaki sebeplerden ötürü, hem davalının hem de davacının topla eşit ölçüde ilgili olduğuna ve bu ilginin bölünemeyeceğine kanaat getirmiştir. Bu eşit hükmü uygulayabilmek için mahkeme topun açık arttırma vasıtasıyla satılmasına ve satış bedelinin taraflar arasında eşit olarak bölünmesine karar vermiştir.[32] Tüm bu süreçten sonra top bir açık arttırmada satışa çıkarılır ve 450 bin Amerikan Doları karşılığında satılır, para Popov ve Hayashi arasında eşit şekilde bölüşülür.[33]



Barry Bonds.

1. George Herman Ruth Jr. hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: baberuth.com, "Biography", http://www.baberuth.com/biography/, erişim 03/11/2016

2. "Sayı turu" Wikipedia'da şu şekilde tanımlanmıştır: "Eğer vurucu iyi bir vuruşla topu çitlerin dışına gönderirse, buna sayı turu vurmak denir. Sayı turu vuran oyuncu, yakalanması söz konusu olmadan, kalelerden geçerek sayı turunu tamamlar. Sayı turu vurulduğu zaman eğer kalelerde koşucular varsa, onlar da sayı turunu tamamlarlar. Bir vurucunun takımına sağlayabileceği en büyük yarar sayı turudur. Çünkü normal bir koşuda bir vurucu ancak bir sayı kazandırabilirken, sayı turunda sahada ne kadar koşucu varsa bir o kadar daha sayı kazandırmış olur." Wikipedia, "Beyzbol", https://tr.wikipedia.org/wiki/Beyzbol, erişim 03/11/2016

3. Superior Court of California City and County of San Francisco, Unlimited Jurisdiction Department 306, Alex Popov v. Patrick Hayashi, 18 Aralık 2002, Hâkim Kevin M. Mccarthy'nin kararı, sayfa 1, http://news.findlaw.com/hdocs/docs/bonds/popovhayashi121802dec.pdf, erişim 08/11/2016. Dava bundan sonra "Popov v. Hayashi" şeklinde zikredilecektir.

4. Topun bir mliyon Amerikan Doları değerinde olacağı öne sürülmüştür. Popov v. Hayashi, sayfa 2

5. Popov v. Hayashi, sayfa 2

6. Popov v. Hayashi, sayfa 2-3

7. Popov v. Hayashi, sayfa 3

8. Popov v. Hayashi, sayfa 3-4

9. Popov v. Hayashi, sayfa 4, "Popov v. Hayashi, 2002 WL 31833731, (California Superior Court, December 18, 2002)", Adam Wyner, Trevor Bench-Capon, Katie Atkinson, "Arguments, Values and Baseballs: Representation of Popov v. Hayashi", sayfa 4, http://cgi.csc.liv.ac.uk/~katie/jurix07.pdf, erişim 03/11/2016

10. Popov v. Hayashi, sayfa 4-5; http://www.invispress.com/law/property/popov.html, erişim 03/11/2016

11. Popov v. Hayashi, sayfa 5; http://www.invispress.com/law/property/popov.html, erişim 03/11/2016

12. Adam Wyner, Trevor Bench-Capon, Katie Atkinson, "Arguments, Values and Baseballs: Representation of Popov v. Hayashi", sayfa 4

13. ve 14. Popov v. Hayashi, sayfa 5

15. ve 16. Popov v. Hayashi, sayfa 6

17. Popov v. Hayashi, sayfa 7

18. ve 19. Popov v. Hayashi, sayfa 8

20., 21. ve 22. Popov v. Hayashi, sayfa 9

23. Popov v. Hayashi, sayfa 9-10

24., 25., 26., 27., ve 28. Popov v. Hayashi, sayfa 10

29. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Richard H. Helmholz, "Equitable Division and the Law of Finders", 52 Fordham Law Review 313 (1983), http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2499&context=journal_articles, erişim 08/11/2016

30. Popov v. Hayashi, sayfa 10-11

31. ve 32. Popov v. Hayashi, sayfa 12

33. cnn.com, "'Million-dollar' Bonds ball sells for $450,000", 26/06/2003, http://edition.cnn.com/2003/LAW/06/26/ctv.bonds.baseball/, erişim 03/11/2016, nytimes.com, "BASEBALL; 73rd Home Run Ball Sells for $450,000", 26/06/2003, http://www.nytimes.com/2003/06/26/sports/baseball-73rd-home-run-ball-sells-for-450000.html, erişim10/11/2016

KAYNAKÇA

Adam Wyner, Trevor Bench-Capon, Katie Atkinson, "Arguments, Values and Baseballs: Representation of Popov v. Hayashi", http://cgi.csc.liv.ac.uk/~katie/jurix07.pdf, erişim 03/11/2016.

baberuth.com, "Biography", http://www.baberuth.com/biography/, erişim 03/11/2016.

cnn.com, "'Million-dollar' Bonds ball sells for $450,000", 26/06/2003, http://edition.cnn.com/2003/LAW/06/26/ctv.bonds.baseball/, erişim 03/11/2016.

nytimes.com, "BASEBALL; 73rd Home Run Ball Sells for $450,000", 26/06/2003, http://www.nytimes.com/2003/06/26/sports/baseball-73rd-home-run-ball-sells-for-450000.html, erişim10/11/2016.

Richard H. Helmholz, "Equitable Division and the Law of Finders", 52 Fordham Law Review 313 (1983), http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2499&context=journal_articles, erişim 08/11/2016.

Superior Court of California City and County of San Francisco, Unlimited Jurisdiction Department 306, Alex Popov v. Patrick Hayashi, 18 Aralık 2002, Hâkim Kevin M. Mccarthy'nin kararı, http://news.findlaw.com/hdocs/docs/bonds/popovhayashi121802dec.pdf, erişim 08/11/2016.

Wikipedia, "Beyzbol", https://tr.wikipedia.org/wiki/Beyzbol, erişim 03/11/2016.

http://www.invispress.com/law/property/popov.html, erişim 03/11/2016.



Beden Bütünlüğünün Dokunulmazlığı Kapsamında

Anayasa Mahkemesi'nin Aşı Kararı

Anayasa Mahkemesi'nin son Kararı ile hukukçuların da müdahil olduğu bu alan, tıp hukuku bakımından önemli bir kaynak teşkil etmektedir

Stj. Av. Merve Esen
İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi

Son yıllarda tıp hukuku alanında artan yargı kararları ve sağlık alanında çalışanların sorumluluk kapsamlarının genişlemesiyle, tıbbi müdahale kapsamına girecek her türlü fiil, enine boyuna tartışılan konular olmuştur. Bunların en önemlilerinden biri, bebeklere uygulanan ve sağlık kurumlarında zorunlu tutulan aşılardır. Birçok ebeveyn, aşıların zararlı olduğunu düşünmekte bu nedenle bebeklerine aşı yaptırmak istemememektedir. Kendilerine, yeni doğanlara uygulanacak aşı programı sunulan sağlık çalışanları ise, ebeveynlerin bu direnci karşısında meseleyi yargıya taşımak zorunda kalmaktadır. Bu nedenle birçok kez Anayasa Mahkemesi, zorunlu aşılar hakkındaki bireysel başvuruları sonuca bağlamıştır, bunların tamamı, bebeklerine aşı yaptırmak istemeyen ebeveynlerin lehine sonuçlanmıştır. Bu çalışmada Anayasa Mahkemesi'ne, zorunlu aşılar hakkında yapılan bireysel başvuruları inceleyeceğiz.

Anayasanın 17. Maddesi Bağlamında Beden Bütünlüğünün Dokunulmazlığı

Kişinin Hakları ve Ödevleri bölümünde, "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlığı altında düzenlenen Anayasa madde 17; kişiye tıbbi alanda otonomi ve tıbbi müdahaleyi reddetme imkanı sağlamaktadır. Esasında kişinin tıbbi otonomisi ve beden bütünlüğünün dokunulmazlığı ilkesi çok eskilere dayanmaktadır. Habeas Corpus ilkeleri olarak ifade

edilen kişi güvenliği tanımlamalarının temelinde, Latince beden bütünlüğünün dokunulmazlığı anlamına gelen habeas corpus kavramı yatmaktadır.[1] 1679 Habeas Corpus Kanunu beden bütünlüğünün dokunulmazlığının sadece ceza muhakemesinde uygulanmasını düzenliyordu. Ancak zamanla emir, özel kişilerce yapılan veya zorunlu askerlik gibi nedenlerle resmi makamlarca gerçekleştirilen alıkoymalarda ve borç nedeniyle tutuklamalarda da uygulanır olmuştur.[2] Bugün bu kavramı ve sağladığı güvenceyi, sağlık hukuku alanında kişinin rızası dışında uygulanan tıbbi müdahaleler bakımından da koruyabiliriz.

Hüseyin Ayyayla ile Başlayan Yargı Süreci

Uygulamada, yeni doğan bebeklerine aşı yaptırmayan ebeveynler hakkında aşı yaptırmadığına dair hazırlanan tutanakla, Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüklerince, aleyhlerine dava açılabilmektedir. Türkiye'de ilk kez, yeni doğan bebeklerine sağlığa zararlı olduğu gerekçesiyle aşı yaptırmak istemeyen Ordu savcısı Hüseyin Ayyayla'ya da Ordu Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğünce dava açılmış[3] ve yargı süreci sonucunda çocuklara zorla aşı yaptırılamayacağına dair emsal karar oluşmuştur. Bundan sonraki hukuki süreçlerde de, aleyhine mahkemeye başvurulan ebeveynlerin tamamı davayı kazanmış ve çocuklarına aşı yapılmamıştır. Fakat bu yargı kararlarına karşı Türk Pediatri Kurumu, aşıların çocuk hakkı olduğunu ve aşı ile hastalıkların yayılmasının önüne geçildiğini savunmuştur.[4]

Anayasa Mahkemesi'nin Son Kararı[5]

Başvurucuyu Anayasa Mahkemesi'ne taşıyan olaylar, daha önceki aşı davalarıyla benzer bir süreci takip etmiştir. Yenidoğana hastanede sağlık görevlilerince aşı yapılması ve topuk kanı alınması isteğini başvurucunun reddetmesi üzerine, sağlık çalışanlarınca tutanak tutulmuştur. Yargısal süreç sonunda, Mersin 3. Çocuk Mahkemesi'nin kararı ile Anayasa m.17 bağlamında güvence altına alınan haklarının ihlal ettiğini düşünen ebeveyn, Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi, "...bir takım hastalıklara karşı bağışıklık sağlamak için o hastalığın mikrobuyla hazırlanmış eriyik olarak tanımlanan maddelerin vücuda verilmesi şeklindeki aşı uygulamasının ve bazı hastalıkların teşhisi amacıyla topuk kanı alınmasının da müdahalenin boyutundan bağımsız olarak vücut bütünlüğüne yönelik birer müdahale oluşturduğu açıktır." diyerek, aşı uygulamasını anayasanın 17. maddesi bağlamında vücut bütünlüğüne müdahale olarak kabul etmiştir. Topuk kanı alınmasının ise, anayasanın 17. maddesinin ihlali sayılmadığı kabul edilmiştir. Son birkaç yılda, yenidoğan bebeklerine aşı yaptırmak istemeyen ebeveynler tarafından yargı yoluna başvurulduğunda, sonuçlanan kararların tamamı, aşının zorunlu bir uygulama olmadığı yönündedir.

Burada yargıya taşınan esas çekişmeli konu, bebeğin yakalanabileceği ya da başkalarına bulaştırabileceği salgın hastalıklar tehlikesi ile aşı uygulamasıyla bu tehlikelerin önüne geçilmesi düşüncesidir. Çatışma alanları, bireyin menfaatine olduğu düşünülen aşı yaptırmama tercihi ile toplumun menfaatine olduğu düşünülen aşı uygulaması üzerine kuruludur. Anayasa Mahkemesi'nin incelemesine konu olan bu olayın temelinde, Sağlık Bakanlığı Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Genel Müdürlüğü'nün genişletilmiş bağışıklama kapsamında aşı uygulamalarında yasal zorunluluğa ilişkin genelgesi ve buna benzer kanun ya da kanun hükmünde kararname niteliğinde olmayan, genelge vb. yasal dayanaklardır. Şimdiye kadar ülkemizde devam eden aşı uygulamaları da yasal bir dayanaktan ziyade, bağışıklık sistemi için zorunlu görülmesi ve bakanlığın belirtilen türden genelge vb. belgelerine dayanmaktadır.

İptal kararı ile bozulan yerel mahkeme kararına göre, Çocuk Koruma Kanunu m.5/1-d gereğince, sağlık tedbiri uygulaması gerekli görülmüştür. Bebeğin fiil ehliyeti bulunmadığından, onun adına hukuki işlemlere onay vermeye yetkili velayet sahibi anne babanın, aşı uygulamasına karşı çıkması bebeğin zararına görülmüştür.

Aşı uygulamasının gerçekten faydalı mı zararlı mı olduğu tüm dünyada olduğu gibi, ülkemizde de birçok tıp doktoru ve aileler tarafından tartışılmaktadır. Konunun tıbbi yönünden ziyade ilgilendiğimiz hukuki boyutunda da, insan bağışıklık sistemi için faydalı olduğu kesin olmayan ve yan etkileri konusunda tartışmalı aşı uygulamasının bireyin menfaati için öncelikli olduğuna dair objektif bir veri bulunmamaktadır. Diğer yandan ve daha da önemlisi, zorunluluğuna dair mevzuatımızda belli bir yasa bulunmamaktadır. Esasında Anayasa Mahkemesi'nin zorunlu aşı uygulamasına yaklaşımı, bu konuda yasal bir düzenleme bulunmamasıyla ilgilidir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin tüm aşı kararlarında, aşıların olumsuz yan etkilerine değil, yasal düzenleme olmaksızın aşı uygulamasının zorunlu tutulmasına yönelik bir tespit bulunmaktadır. Ki mahkemenin tıbbi bir konuda tıbbi değil, hukuki alanda değerlendirme yapması oldukça yerindendir. Diğer yandan Anayasa Mahkemesi'nin bu değerlendirmesini Türkiye Tabipler Birliği eleştirmiş, bireyin otonomisi korunurken halk sağlığının tehlikeye atıldığını savunmuştur.[6]

Bebeğin fiil ehliyeti bulunmadığından, onun adına hukuki işlemlere onay vermeye yetkili velayet sahibi anne babanın, aşı uygulamasına karşı çıkması bebeğin zararına görülmüştür

Çatışmanın diğer aktörü kamu yararı ve halk sağlığı konusuna baktığımız zaman, yine aşının yararı konusunda kesin ve somut bir bilgi bulunmamaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi, kamu yararını, "kişinin ve toplumun huzur ve refahını sağlamak" olarak tanımlaya gelmiştir. Kamu yararı kavramının anayasal yargıda ve akademik ortamda kamu menfaati olarak kullanılması yaygındır. "Kamu yararı kavramı, devlet organlarının takdir yetkisini de beraberinde getiren bir unsurdur. Kural olarak, Avrupa Mahkemesinin kararlarından izlediği genel şema uyarınca, kamu yararının Sözleşme ile bağdaşır biçimde uygulanıp uygulanmadığının, ilk önce somut olayda kamu yararının mevcut olup olmadığı saptanmalı, daha sonra da genel yarar ile birey yararı arasındaki adil dengenin sağlanıp sağlanmadığı incelenmelidir. Kamu yararının objektif bir tanımı bulunmamakta, anılan kavram "zamana ve yere göre farklılık" göstermektedir.[7] Bu durumda, aşı uygulmasının kamu yararı taşıdığı, günümüz koşullarında tartışmalı hale gelmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin hali hazırda yasal bir dayanağı olmayan zorunlu aşı uygulamasını, kamu yararı gerekçesi ile tasvip eder şekilde karar ver-



Anayasa Mahkemesinin tüm aşı kararlarında, aşıların olumsuz yan etkilerine değil, yasal düzenleme olmaksızın aşı uygulamasının zorunlu tutulmasına yönelik bir tespit bulunmaktadır

mesi, Anayasa m.17 gereği bireyin beden bütünlüğünün dokunulmazlığını ihlal ederdi ve bu türden diğer uygulamaların da yolunu açabilirdi. Nitekim uygulanması istenen aşılara karşı halihazırda görülmekte olan yaygın bir hastalık bulunmadığı gibi, birçok bilim insanına göre de aşılar zaten salgın hastalıkların önüne geçilmesine tam olarak etki etmemektedir ve çok ağır yan etkiler doğurabilmektedir. Hal böyleyken kamu yararının varlığı da oldukça tartışmalıdır.

Otonomi / Özerklik Tartışması

Özerklik; kişinin kendi başına düşünme, değerlendirme, özgür biçimde kendi hakkında karar verme ve eylemde bulunabilme, kısaca kendini yönetme yetkinliğidir. Özerk birey, kendi eyleminin özgür eylem olup olmadığını ayırt etme yeterliliğine sahip kimsedir. Bu niteliğe sahip birey, eylemini yaparken, kararını biçimlendiren, yönlendiren, baskılayan bir başka gücün etkisinden uzak kalabilir ve gerektiğinde bunlara karşı koyabilir. Otonominin bir diğer görünümü hayat için amaç ve idealler yaratma kapasitesi olduğu gibi bir diğer yüzüyle de otonomi, ahlaki bir içe bakış, kendi yasasını koyma kapasitesidir.[8] Bireyin sağlık alanındaki otonomisi, kendisine hangi tıbbi müdahalenin yapılıp yapılmayacağına kendisinin karar vermesi şeklinde tezahür eder. Yenidoğanın henüz hukuk dünyasında sonuç doğuracak bir irade gösterme olanağı olmadığından onun adına irade beyanında bulunan ebeveynleri de, bu otonomiyi yeni doğanın adına kullanabilir. Anayasa Mahkemesi'ne konu olan aşı davasında, bireyin otonomisine değinilmemiştir. Bilakis yasal dayanaktan yoksunluk vurgusu yapılmıştır. Fakat aşı konusunda bir yasal düzenleme olsa dahi, otonomi konusu da aşı tartışmaları kapsamında ele alınması gereken bir boyuttur.

Sonuç

Sağlık hukukunda önemli sorunlardan birisi, kanunlara değil, bakanlıkların yönerge veya genelgelerine göre uygulamalarda bulunulmasıdır. Bu durum neticesinde, Anayasa Mahkemesi'nin son kararında da irdelediğimiz gibi, sağlık kurumlarında bireylerle hastanelerin ve sağlık çalışanlarının çalışma ve tedavi olma şartlarının çatışması neticesinde AYM ve AİHM gibi yargı makamlarına taşınan vakalar olmasıdır.

Aşı uygulaması tüm dünyada hukukçular ve sağlıkçılar tarafından tartışılan küresel bir meseledir. Oysa ülkemizde bu konu, şimdiye kadar sadece belirli sayıda tıp doktoru tarafından tartışılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin son kararı ile, hukukçuların da müdahil olduğu bu alan, tıp hukuku bakımından önemli bir kaynak teşkil etmekle birlikte, tıp hukukunun ne kadar geniş yelpazede ilgi alanı olduğunu da göstermektedir. Bu nedenle hukukçuların sağlık alanındaki uygulamalara, hukukçu olarak daha fazla müdahil olması, ülkemizdeki sağlık hukukunu geliştirecek araçlardan birisidir.

1. Muharrem Kılıç, İnsan Haklarında Beden Bütünlüğünün Korunması aktarmasıyla; İğdiş, Sünnet, Bedene Karşı Şiddet Kitabı sayfa 396; Mümtaz Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, s. 210; Burhan Kuzu, Ülkemizde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği s.2.
2. Metin Feyzioğlu, Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu aktarmasıyla Wade/Phillips, s.347.
3. http://www.hurriyet.com.tr/yargitaydan-bebeklerine-asi-yaptirmayan-baba-karari-40033343
4. http://www.medimagazin.com.tr/hekim/kongre/tr-asilanma-cocuklarin-hakkidir-ve-bu-hak-ellerinden-alinmamalidir-2-20-70187.html
5. Başvuru no: 2014/4077 karar tarihi: 29/6/2016
6. http://www.ttb.org.tr/index.php/Haberler/asi-6358.html
7. Av. İbrahim Gül, Danıştay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı, 2014/2 Ankara Barosu Dergisi, sf.537.
8. Bito-Tıp Etiği ve Hukuk, Sevtap Metin aktarmasıyla, s.116, Jacob Dahl Rendorff, "Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw: Autonomy, Dignity, Integrity an Vulnerability- Towars a Foundation of Bioethics an Biolaw", Medicine, Health Care and Philosophy, Number:5,2002, s.235-244

Hazırlayan: Ozan Kural

Kolombiya ve FARC Arasında Yeni Barış Anlaşması İmzalandı

Kolombiya-FARC Barış Görüşmelerinde yeni bir aşamaya gelindi. New York Times'ın haberine göre Havana'da imzalanan yeni barış anlaşmasının bir an önce onaylanması hükümet için önemli. Ateşkesin bozulma olasılığının yüksek olduğunun altını çizen Devlet Başkanı Juan Manuel Santos barış görüşmelerindeki mevcut belirsizliğin korkuya neden olduğunu belirtti. Referanduma sunulurken belirgin bir farkla kabul edileceği beklendiği halde seçmenin yüzde 50.2'sinin reddettiği Barış Anlaşması, muhalefet tarafından FARC'a sağladığı avantajların fazlalığı sebebiyle eleştirilmişti. Eleştirilerin başında gelen, FARC üyelerinin Kolombiya Meclisinde seçim olmaksızın koltuk sahibi olmaları için tanınan garanti yeni anlaşmada yer almayacak. Buna rağmen yeni anlaşmanın halk tarafından kabul edilip edilmeyeceği hala meçhul. Habere göre barış fikri halk arasında popüler olsa da nesiller boyu süren savaşın ardından FARC üyelerinin sivil siyasete atılması halkın geniş kesiminde adaletsizlik hissi uyandırıyor. Katolik ve Evangelist seçmenlerin Barış Anlaşmasına şiddetle karşı çıkmasının bir diğer sebebinin hükümetin gerçekleştirdiği ve aralarında eşcinsel evliliğin yasallaşmasının da bulunduğu reformlara gösterdikleri tepki olduğu belirtiliyor.

AİHM: Evde Ebe ile Doğum Yasağı Hukuka Uygun

Frankfurter Allgemeine Zeitung'un haberine göre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Çek Cumhuriyeti'nde uygulanan evde ebe yardımı ile doğum yasağını hukuka uygun buldu. Çek Cumhuriyeti'nde ev ortamında ebe yardımı ile doğum yapmak isteyen iki kadının Çek yasalarındaki yasağa karşı AİHM'e başvurmaları üzerine verilen kararda, devletlerin tıbbi ihtiyaçları annenin doğum yeri ve şekli hakkında verebileceği karara kıyasla önde tutabileceğine hükmedildi. Mahkemeye göre evde ebe yardımı ile doğum yasağı kadınları hastaneye gitmeye zorlaması sebebiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'deki Özel ve Aile Hayatına Saygı hakkını sınırlandırıyor. Ancak devletler, kadın ve çocuğun sağlık hakkını korumaya yönelik pozitif yükümlülükleri kapsamında yaptıkları düzenlemelerde daha geniş bir takdir hakkına sahip. Ebe ile doğum yasağı da bu kapsamda değerlendirildiğinden AİHS'e aykırılık teşkil etmiyor.

Mursi İçin Onanan İdam Cezası Kaldırıldı

Mayıs 2015'te yüzden fazla Müslüman Kardeşler üyesi ile birlikte idama mahkûm edilen Mısır'ın devrik lideri Muhammed Mursi hakkında verilen idam cezası Temyiz Mahkemesi tarafından bozuldu. BBC'nin haberine göre idam edilme ihtimali kalmayan Mursi yine de hakkında verilen üç mahkumiyet kararı sebebiyle hapiste. Mursi'ye isnat edilen suçlamalar arasında devlete karşı terörist faaliyetlerde bulunmak, Katar'a devlet sırlarını sızdırmak ve kendisine karşı protesto gösterilerinde bulunanların haksız şekilde tutuklanmalarını ve işkence görmelerini emretmek var. Mursi destekçilerine göre isnat edilen suçlar gerçeğe aykırı ve bu suçlamaların amacı hukuk yoluyla darbeye meşruiyet kazandırmak. Öte yandan, Arap Baharı protestoları sırasında devrilen Hüsnü Mübarek'in oğullarının uzun tutukluluk süresi sebebiyle tahliyeleri de Temyiz Mahkemesi tarafından onaylandı.

"Brexit" Birleşik Krallık Parlamentosu'nda Oylanacak

Birleşik Krallık'da 23 Haziran 2016 tarihinde yapılan referandumda seçmenin yüzde 51.9'unun tercihi Britanya'nın Avrupa Birliği'nden çıkması yönündeydi. Referandum sonuçlarının açıklanmasından itibaren AB'den çıkış sürecinde nasıl bir yöntem izleneceği birçok hukuki tartışmaya yol açtı. Özellikle AB'den çıkışı düzenleyen Lizbon Antlaşmasının 50. maddesinin uygulanması için İngiliz Parlamentosunda bir oylama gerekip gerekmediği konusu tartışmaların merkezindeydi. The Guardian'ın haberine göre, Gina Miller'ın Yüksek Mahkeme'ye yaptığı başvuru sonucu Mahkeme 3 Kasım'da kararını açıklayarak Lizbon Antlaşmasının 50. maddesinin hayata geçirilmesi için parlamentonun onayı gerektiğine hükmetti. Mahkeme heyetindeki 3 hakimin oybirliğiyle verdiği kararda AB üyeliğinin Britanya vatandaşlarına iç hukukta kullanabilecekleri haklar sağlaması sebebiyle hükümetin parlamento onayı olmadan bu hakları ortadan kaldıracak bir süreci hayata geçiremeyeceği ifade edildi. Hâkimlerin, 13. yüzyıla uzanan içtihat ışığında, parlamentonun bağımsızlığı ilkesini gözeterek verdiği kararda hükümetin idari yetki kullanarak yasaları değiştiremeyeceğine hükmedildi. 6. Henry'nin kararnamesi doğrultusunda bazı tacirlerin Londra'da ticaret yapmalarının yasaklanması sonucu çıkan ihtilafta yasağın 1297 yılında Parlamentodan çıkan bir kanuna aykırılık olduğu saptanmış, bunun sonucunda kral yasağı kaldırmak zorunda kalmıştı.



	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20
1										■								■		
2							■										■			
3						■							■					■		
4									■					■						■
5				■							■							■		
6					■					■				■		■			■	
7							■					■					■			
8			■						■					■						
9		■					■					■						■		
10					■			■					■							
11						■									■					
12	■						■													
13					■					■										
14				■				■						■						
15									■		■									

SOLDAN SAĞA

1. Resimdeki değerli hukukçu - Bir seçimde adaylardan hiçbirinin, gerekli oyu sağlayamaması dolayısıyla seçimin sonuçsuz kalması - Kalsiyumun simgesi. **2**. Ölüm nedenini belirlemek amacıyla bir cesedi açıp inceleme işi - Birbirine zıt mahkeme kararları - Bist'de, bin hisseye verilen ad. **3**. Göçebe - Atın iki omzunun arası - Boyutlar - Baryumun simgesi. **4**. Enine boyuna - Emeksiz kazanç - İtalya'da bir kent. **5**. Mezar - Bilinen bir olgudan bilinmeyen bir olgunun, sonucun çıkartılması - Bir tür borsa görevlisi - Radonun simgesi. **6**. Yarış bölümleri - Bir tür deniz taşımacılığı - ABD Merkezi Haberalma Örgütü - Sümer su tanrısı. **7**. Kayıt ve zabıt - "... kapasite" (Üretimde kullanılmayan kapasite) - Eski Alman parası - Halis, arı. **8**. Müstahkem yer - Rüştünü ispat eden, olgun - Bir tür sahne gösterisi - Aile ile ilgili. **9**. Başlıca belirtisi kısa, çabuk, değişken güçte irade dışı hareketler olan hastalık - Borsada, primli değerlerle sabit değerlerin arasında doğan fark - Geminin yük kapasitesi - Yeterli olmayan. **10**. Tütün kurutma sergisi - Bir nota - Hatay'da bir ova - Uzaklık anlatan sözcük. **11**. Para - Akdeniz bölgesinde yetişen ve köklerinden kırmızı boya elde edilen bir bitki. **12**. "Turgut ..." (tanınmış hukukçu) - Derdest etme. **13**. Sinema yapıtı - Yüzyıl - Takma ad. **14**. Göçebelerin konak yeri - Peygamber sopası - Askerlik dairelerinde askerler için tutulan defter. **15**. "... ... Bölüğü" (Osmanlılarda Harbiye Nezareti dairesi olarak kullanılan, şimdiki İstanbul Üniversitesi Hukuk ve Tıp Fakülteleri binasının avlusundaki askeri hapishane) - Lokmanruhu.

YUKARIDAN AŞAĞIYA

1. Tanınmış bir Medeni Hukuk profesörü - Bordaya kadar masrafsız olan deniz aşırı satım. **2**. Yetkeli, sultalı - Kadın rakip. **3**. Ad belirtilerek yapılan - Hamamböceği. **4**. Avuç - Arjantin'de, Peron tarafından uygulanan ve işçi sınıfı ile sermayedarları denetim altına alabilmek için Peroncu partiye bağlı sendikalardan yararlanan siyasal akım. **5**. Hakikatler, gerçekler - Mevcut - Tantalın simgesi - Bir yüzey ölçüsü. **6**. "Pu ..." (Çin'in Son İmparatoru) - En yüksek askeri unvan - ABD Ulusal Havacılık ve Uzay Dairesi. **7**. Ticari senedin arkasına yazılan yazı ile ya da imza ile başkasına devri - Beddua - Muhafazakar siyasi görüş. **8**. Bir hukuksal işlemin yapılması için gerekli iradenin açık bir biçimde belirtilmesi - Bir hayvan. **9**. Yabancı - Kısa anımsama yazısı - Balı alınmış petek. **10**. Kez, defa - Uzaklaşmak - Kayıp bir kıta. **11**. Kaplumbağa kabuğu - "... pirivilegium" (Din adamlarının yargılanmamaları yolundaki muafiyeti). **12**. Makbuz - Gerdanlık, boyna takılan süs eşyası. **13**. Lityumun simgesi - Örf ve adet - Zaman. **14**. İspanyolların sevinç ünlemi - Tayin. **15**. İnsan zihninin doğum anında bomboş olduğu ve üzerine hiçbir yazı yazılmamış dümdüz bir kağıt gibi olması - Ortaklıklarda başlangıç sermayesi. **16**. Bir işi yapmaya hazır - Macun. **17**. İzmir'in bir ilçesi - Bir nota. **18**. Amerikan Borsası. **19**. Kendi hesabına menkul kıymet alıp satan kişi - Karabiber ağacı. **20**. Cet - Nüfuz eden, etkili.



	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20
1	F	E	R	R	U	H	D	E	R	E	L	İ	■	L	İ	K	İ	T	■	O
2	İ	S	T	İ	H	K	A	K	■	M	A	T	E	R	Y	A	L	İ	Z	M
3	Z	■	L	A	R	■	N	O	M	İ	N	A	L	■	İ	R	O	N	İ	■
4	İ	D	■	Y	E	K	E	■	A	S	T	■	O	E	C	D	■	A	V	İ
5	B	E	D	E	V	İ	■	İ	S	Y	A	N	■	R	E	E	L	■	E	V
6	İ	L	E	T	İ	Ş	İ	M	■	O	N	A	M	A	■	L	O	İ	R	E
7	L	İ	N	K	■	İ	L	H	A	N	■	S	İ	■	K	E	K	A	■	C
8	İ	L	K	A	H	■	G	A	Z	■	T	I	R	P	A	N	■	R	İ	E
9	T	■	L	R	■	H	A	■	İ	C	A	P	■	L	V	■	L	E	O	N
10	E	K	E	■	Ş	U	■	İ	Y	E	M	■	K	A	R					
11	■	O	M	B	U	D	S	M	A	N	■	Y	A	S	A					
12	E	M	■	U	F	A	K	■	D	E	N	E	T	İ	M					
13	T	İ	A	R	A	■	İ	S	E	V	İ	■	A	Y	■					
14	İ	T	F	A	■	E	N	E	■	İ	L	İ	N	E	K					
15	K	E	T	■	H	A	K	S	I	Z	■	P	A	R	A					



“Doğru olan şeyi yaparken korku hissetmemelisiniz.”

–Rosa Parks

Otobüste beyazlara ayrılan yere oturarak siyahilere uygulanan ayrımcılığa karşı gösterdiği sivil itaatsizlik eylemi sebebiyle 1 Aralık 1955 tarihinde tutuklandı.